

Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirkungshemmung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

KLAUS-DIETRICH DAUMANN

Gerichtsreferendar aus Frankfurt am Main

1964

Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirkungshemmung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

KLAUS-DIETRICH DAUMANN

Gerichtsreferendar aus Frankfurt am Main

1964



Erstgutachter: Professor Dr. iur. Karl August Bettermann

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Klaus Stern

Tag der mündlichen Prüfung: 28. November 1964

Meiner Mutter in Dankbarkeit

INHALTSVERZEICHNIS

V o r w o r t	10 - 11
---------------	---------

T E I L I

1. K a p i t e l	12 - 16
------------------	---------

Wirksamkeitsprinzip und Suspensiveffekt

I. Das Wirksamkeitsprinzip	12 - 14
1. Grundsatz	12 - 13
2. Einschränkung: § 6 I VwVG	13 - 14
II. Der Suspensiveffekt	14 - 16
1. Als mittelbare Bestätigung des Wirksamkeitsprinzips	14 - 15
2. Als Institut des vorläufigen repressiven Rechtsschutzes	15 - 16

2. K a p i t e l	16 - 23
------------------	---------

Das Problem

I. Rückblick: Entstehung der Streitfrage	16 - 20
1. Die Vollzugsunfähigkeit rechtsgestaltender Verwaltungsakte	17 - 18
2. Die Vollziehbarkeitslehre	18 - 19
3. Die Wirksamkeitslehre	19 - 20
II. Der heutige Stand der Meinungen	20 - 23
1. Das Fortbestehen der Streitfrage	20 - 21
2. Uneinheitliche Rechtsprechung des BVerwG	21 - 22
3. Die übrige Rechtsprechung	22
4. Die Literatur	22 - 23

3. K a p i t e l	23	-	39
Gesetzeswortlaut, Systematik und Materialien des § 80 VwGO	=====		
I. Gesetzeswortlaut und Systematik	23	-	30
1. Die einzelnen Vorschriften	23	-	27
a) § 80 I 1	23	-	24
b) § 80 I 2	24	-	25
c) § 80 II Nr. 2			25
d) § 80 II Nr. 4			26
e) § 80 IV 1			26
f) § 80 V 1	26	-	27
g) § 80 V 3			27
2. Der systematische Zusammenhang	27	-	28
a) Der Aufbau des § 80 VwGO	27	-	28
b) Uneinheitliche Fassung	28	-	29
3. Ergebnis	29	-	30
II. Die Materialien zur VwGO	30	-	39
1. Der Vorentwurf	30	-	31
2. Der Regierungsentwurf			31
3. Die amtliche Begründung	31	-	33
4. Die Stellungnahme des Bundesrates			33
5. Die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins	33	-	35
6. Die Empfehlungen des Innenausschusses	35	-	36
7. Die Beratungen des Rechtsausschusses	36	-	39
8. Zusammenfassung			39
4. K a p i t e l	40	-	51
Einwendungen gegen Wirksamkeits- und Vollziehbarkeitslehre	=====		
I. Einwendungen gegen die Wirksamkeitslehre	40	-	47
1. Verkennung der Subordination?	40	-	41
2. § 33 II EVwVerfG 1963	41	-	43
3. Zuviel Rechtsschutz?	43	-	46
4. Vorläufige Nichtigkeit	46	-	47

II. Einwendungen gegen die Vollziehbarkeitslehre	47	-	50
1. § 80 I 1 VwGO wegen § 6 I VwVG entbehrlich?	47	-	49
2. Keine Suspension der Kostenrechnung?	49	-	50
III. Zusammenfassung			51
5. K a p i t e l	51	-	60
<u>Vergleichende Betrachtung der ZPO</u>			
I. Die Fragestellung	51	-	52
II. § 572 I ZPO	52	-	55
1. Beschränkung durch das Enumerationsprinzip	52	-	53
2. Hemmung der Vollstreckbarkeit	53	-	54
3. § 678 ZPO: Hemmung der formellen Rechtskraft	54	-	55
4. Zusammenfassung			55
III. § 572 II ZPO: Gerichtlich angeordnete Suspension	55	-	60
1. Die rechtsgestaltenden Beschlüsse			56
2. Keine Suspension der Gestaltungswirkung	56	-	57
3. Suspension der Vollstreckung			57
4. Der zivilprozessuale Vollstreckungsbe- griff	57	-	60
a) Vollstreckung im engeren Sinne	57	-	58
b) Vollstreckung im weiteren Sinne			58
c) Die Entscheidungsverwertung	59	-	60
5. Ergebnis			60

T E I L II

6. K a p i t e l

61 - 76

Die Anfechtung der Beamtenentlassung

I. Vorläufiger Rechtsschutz gegenüber der Entlassung nach Vollziehbarkeits- und Wirksamkeitslehre	61 - 68
1. Konstruktionsunterschiede	62
2. Ungenaue Terminologie des BVerwG	63
3. Betrachtung ex nunc	63 - 65
a) Rechtsklarheit der Wirksamkeitslehre	63 - 64
b) Ungereimtheiten der Vollziehbarkeitslehre	64 - 65
c) Beamtendelikte und Inkompatibilität	65
4. Betrachtung ex post	66 - 68
a) Ungereimtheiten der Wirksamkeitslehre	66
b) Ex-nunc-Wirkung des Anfechtungsurteils?	66 - 67
c) Keine neuen Ungereimtheiten der Vollziehbarkeitslehre	67 - 68
II. Die partielle Anordnung nach § 80 II Nr.4 VwGO	68 - 70
1. Ihre Notwendigkeit	68
2. Keine Bedenken bei der Vollziehbarkeitslehre	68 - 69
3. Auslegungsschwierigkeiten bei der Wirksamkeitslehre	69 - 70
III. Verwaltungsakte bei vorläufigem Verbleiben im Amt	70 - 76
1. Die praktischen Fälle	70 - 71
2. Beamtenrecht bei der Wirksamkeitslehre	72
3. Arbeitsrecht bei der Vollziehbarkeitslehre?	72 - 73
a) Materielle Zweigleisigkeit	72
b) Prozessuale Zweigleisigkeit	72 - 73
4. Auch bei der Vollziehbarkeitslehre Beamtenrecht	73 - 76
a) Dann nur rechtswidrige Verwaltungsakte?	73 - 74

b) Vollziehung durch Nichtanwendung des Beamtenrechts?	74	
c) § 80 I VwGO als mittelbare Ermächtigungsgrundlage	74	- 75
d) Keine Identifizierung mit der Wirksamkeitslehre	75	- 76

IV. Zusammenfassung	76	
---------------------	----	--

7. K a p i t e l 76 - 103

Die Anfechtung der dispensierenden Bau- laubnis =====

I. Nach der Vollziehbarkeitslehre kein Suspensiveffekt	77	- 87
--	----	------

1. Vollziehung durch den Bauherrn?	79	- 81
a) Unvereinbar mit den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen	79	- 80
b) Baupflicht?		80
c) Vollziehung gleich Wirksamkeit	80	- 81
2. Bautätigkeit keine Vollziehung	81	- 82
a) Deshalb kein Suspensiveffekt		81
b) Mit § 80 I, II VwGO vereinbar	81	- 82
3. Vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO	82	- 87
a) Seine Notwendigkeit		82
b) Mit § 123 V VwGO vereinbar	82	- 83
c) Unvereinbar mit dem System der VwGO?	83	- 84
d) Bauherr oder Behörde als Antragsgegner?	84	- 86
e) § 123 als Ermächtigung gegenüber dem Bauherrn	86	- 87

II. Nach der Wirksamkeitslehre Suspensiveffekt	87	- 94
--	----	------

1. Absolute Unwirksamkeit	88	- 93
a) Vorläufiger Rechtsschutz des Nachbarn teilweise nach § 123 VwGO	88	- 89
b) Sonst für den Nachbarn praktikable Lösung		90
c) Aber keine Beteiligung des Bauherrn am Widerspruchsverfahren	90	- 91
d) Kein vorläufiger Rechtsschutz für den Bauherrn nach den §§ 80, 123 VwGO	91	- 92
e) Verpflichtungsklage des Bauherrn?	92	- 93

2. Relative Unwirksamkeit	93	-	94
a) Logische Bedenken			94
b) Kein vorläufiger Rechtsschutz für den Nachbarn			94
III. Die Schadenshaftung	94	-	102
1. Vollziehbarkeitslehre: Haftung des Nach- barn gemäß §§ 123 VwGO, 945 ZPO	95	-	99
a) Ablehnung durch den BGH	95	-	96
b) Kritische Würdigung der BGH-Entschei- dung	96	-	98
c) Ergebnis	98	-	99
2. Wirksamkeitslehre: Kein Schadensersatz	99	-	102
a) Keine Haftung des Nachbarn	99	-	100
b) Keine Staatshaftung	101	-	102
c) Ergebnis			102
IV. Zusammenfassung	102	-	103

8. K a p i t e l

103 - 115

Die Anfechtung der Fahrerlaubnisent- ziehung

=====

I. Verwaltungsrechtliche Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG	104	-	107
1. Entzug der Fahrerlaubnis mit bekannt- gabe			104
2. Die Wirksamkeitslehre	104	-	106
a) Zwar Suspension der Strafbarkeit	104	-	105
b) Aber Bestrafung nach erfolgloser An- fechtung	105	-	106
3. Die Vollziehbarkeitslehre	106	-	107
a) Keine Suspension der Strafbarkeit	106	-	107
b) Dafür keine Bestrafung nach erfolg- reicher Anfechtung			107
4. Ergebnis			107
II. Einschränkende Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG	107	-	115
1. Keine strafrechtliche Rückwirkung der Klagabweisung	107	-	108

a) Parallele zur Behandlung zivilrechtlicher Vorfragen	107	-	108
b) Dann praktikable Lösung der Wirksamkeitslehre			108
2. Grundsätzlich muß die Entziehung der Fahrerlaubnis rechtskräftig sein	108	-	113
a) So die Meinung von Rechtsprechung und Literatur			109
b) Ihre Begründung überzeugt nicht	109	-	110
c) Die indizierende Wirkung der Fahrerlaubnisentziehung	110	-	111
d) Deshalb "Entziehung" erst nach Rechtskraft	111	-	112
e) § 4 I 2. Halbsatz StVG steht nicht entgegen	112	-	113
3. Ausnahmsweise genügt die Anordnung der sofortigen Vollziehung	113	-	115
a) Die Notwendigkeit der Ausnahme			113
b) § 24 I Nr. 1 StVG macht sie nicht entbehrlich			113
c) Die Ausnahme ist dem Betroffenen zumuten	113	-	114
d) Ergebnis	114	-	115
III. Zusammenfassung			115
 9. K a p i t e l	116	-	118
<u>Der Suspensiveffekt als Vollzugshemmung</u>			
I. Abschließende Erwägungen	116	-	117
II. Der Vollzugsbegriff	117	-	118
III. Ergebnis der Arbeit			118
 Literaturverzeichnis	119	-	126
Abkürzungsverzeichnis			127

V o r w o r t

Nach § 80 I 1 der Verwaltungsgerichtsordnung haben Widerspruch und Anfechtungsklage "aufschiebende Wirkung". § 80 I 2 bestimmt ausdrücklich, daß dies auch für rechtsgestaltende Verwaltungsakte gilt. Die "aufschiebende Wirkung" wird in Schrifttum und Rechtsprechung auch als "Suspensiveffekt" bezeichnet.

Die Aufschiebung = Suspension bezieht sich nicht auf die formelle Rechtskraft = Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts. Dieser Suspensiveffekt tritt selbstverständlich auch bei der Anfechtung von Verwaltungsakten in den Fällen des § 80 II ein, in denen das Gesetz die aufschiebende Wirkung aber gerade entfallen läßt.

Die in § 80 I 1 geregelte Suspension knüpft vielmehr an die Rechtswirkungen der Verwaltungsakte an: die Vollstreckbarkeit bei verbietenden oder gebietenden Verwaltungsakten, die materielle Rechtsänderung bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten. Diese Rechtswirkungen treten, sofern nicht in dem Verwaltungsakt oder durch Gesetz anderes bestimmt ist, mit Bekanntgabe des Verwaltungsakts an den Betroffenen und nicht erst mit Unanfechtbarkeit ein.

Die Verwaltungsgerichtsordnung hat mit der Einbeziehung rechtsgestaltender Verwaltungsakte in die aufschiebende Wirkung früheren Streit darüber entschieden. Dagegen hat sie keine eindeutige Regelung für die Frage getroffen, ob der Suspensiveffekt alle Wirkungen der angefochtenen Verwaltungsakte aufschiebt, also die Wirksamkeit insgesamt hemmt (Wirksamkeitslehre) oder ob er nur die Vollstreckungswirkung der Verwaltungsakte suspendiert, also lediglich die Vollziehbarkeit beseitigt (Vollziehbarkeitslehre). Der Klärung dieser Frage dient die vorliegende Arbeit.

In Teil I untersucht der Verfasser, ob die Frage aus dem Wortlaut des § 80, seiner Systematik, seiner Entstehungsgeschichte, der entsprechenden Regelung der Zivilprozeßordnung oder aus allgemeinen Gesichtspunkten zu beantworten ist. Der Verfasser stellt fest, daß hiernach zwar mehr Gründe für die Suspension (nur) der Vollziehbarkeit sprechen, aber die Frage nicht eindeu-

tig zu beantworten ist. Deshalb untersucht er in Teil II, zu welchen Ergebnissen die beiden Lehren in der Praxis führen. Hierfür wählt er die Anfechtung der Beamtenentlassung, der Bauerlaubnis durch den Nachbarn und die Anfechtung der Entziehung der Fahrerlaubnis. Er kommt zu dem Ergebnis, daß zwar beide Lehren Vorzüge und Schwächen haben und deshalb beide nicht voll befriedigen, aber insgesamt die Lehre von der Suspension (nur) der Vollziehbarkeit zu sachgerechten Ergebnissen führt und ihr deshalb der Vorzug zu geben ist.

T E I L I

1 . K a p i t e l

Wirksamkeitsprinzip und Suspensiveffekt

I.

1. Ein Grundsatz des Verwaltungsrechts besagt, daß der für die Betrachtung vom Verwaltungsprozeßrecht her typische Staatsakt der Verwaltung, der Verwaltungsakt (VA), seine Rechtswirkungen grundsätzlich sofort entfaltet¹⁾. Mit Bekanntgabe des VAs an den Betroffenen treten die Vollstreckungs- und Gestaltungswirkung ein: das im VA enthaltene Gebot oder Verbot ist also sogleich verpflichtend und kann zwangsweise durchgesetzt werden, die Änderung der materiellen Rechtslage tritt entsprechend der verfügbaren Gestaltung sofort ein.

§ 33 I des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963 kleidet dieses Wirksamkeitsprinzip in die Worte: "Ein VA wird gegenüber demjenigen, für den er seinem Inhalt nach bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekanntgegeben wird."²⁾ Freilich läßt die amtliche Begründung zum Musterentwurf erkennen³⁾, daß sein § 33 I in erster Linie klarstellen soll, daß § 134 BGB für die "publizistischen Rechtsgeschäfte"⁴⁾ nicht gilt, daß ein VA also trotz Rechtswidrigkeit grundsätzlich wirksam und nur in Ausnahmefällen nichtig ist. Aber diese Klarstellung setzt voraus, daß der VA seine Rechtswirkungen grundsätzlich sofort entfaltet. Allerdings ist diese Wirksamkeit bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit eine vorläufige, da sie noch durch Rücknahme, Widerruf und gerichtliche Aufhebung beseitigt werden kann.

1) Bettermann, Gedächtnisschrift, S. 387 sub 3.

2) So schon heute: § 15 I Berl.VwVerfG vom 2.10.1958 (GVBl. S. 951) und § 4 I Brem.VwVerfG vom 1.4.1960 (GVBl. S.37).

3) S. 150.

4) Bettermann, a.a.O. S. 378.

Die sofortige Entfaltung der Rechtswirkungen ist keineswegs selbstverständlich, wie ein Blick auf den typischen Staatsakt der dritten Gewalt, den Richterspruch, zeigt. Das dem befehlenden oder verbietenden VA vergleichbare stattgebende erstinstanzliche Leistungsurteil des Verwaltungsgerichts ist - wenn überhaupt⁵⁾ - erst auf Grund eines besonderen Ausspruchs sofort vollstreckbar⁶⁾. Das dem rechtsgestaltenden VA entsprechende stattgebende Anfechtungsurteil entfaltet seine kassatorische Gestaltungswirkung überhaupt nicht vorläufig, sondern erst mit Unanfechtbarkeit⁷⁾ und dann endgültig; entsprechend tritt die sofortige Vollstreckbarkeit des Zivilurteils nur auf Grund des besonderen Ausspruchs der vorläufigen Vollstreckbarkeit⁸⁾ und die materielle Gestaltungswirkung regelmäßig erst als endgültige mit Unanfechtbarkeit ein⁹⁾. Strafurteile schließlich sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind¹⁰⁾ und ihre materiellen Gestaltungswirkungen treten gleichfalls erst als endgültige mit Unanfechtbarkeit ein¹¹⁾.

2. Allerdings ist bei einer Gruppe von VAen die sofortige Vollstreckbarkeit eingeschränkt. Nach § 6 I des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes¹²⁾ kann ein VA, der auf die Herausgabe einer Sache oder auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln (erst) durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn sein sofortiger Vollzug angeordnet oder wenn dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Doch der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist enger als es den Anschein hat: weiterhin sofort vollstreckbar sind die genannten VAe, wenn es sich um die

5) Nicht die Verpflichtungsurteile i.S. des § 167 II, abgesehen vom Kostenpunkt.

6) §§ 168 I Nr. 1, 167 I VwGO mit §§ 708 ff ZPO.

7) § 167 II; Ule, § 167 IV.

8) §§ 704 I, 708 ff ZPO.

9) Baumbach-Lauterbach, Einführung zu den §§ 708 - 720 1 B; Bettermann, MDR 1955, S. 734 sub 2; Blomeyer, S. 496.

10) § 449 StPO.

11) z.B. §§ 36 I 1, 41 I III 1, 42 m III 1 StGB.

12) vom 27.4.1953 (BGBl I S. 157).

Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten, unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten oder andere durch Bundesgesetz vorgeschriebene Fälle handelt, oder wenn die Behörde bereits bei Erlass des VAs die sofortige Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 anordnet¹³⁾. Schließlich gilt § 6 I VwVG nicht für öffentlich-rechtliche Geldforderungen des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen¹⁴⁾ und den Bereich der Reichsabgabenordnung einschließlich der Arbeitslosenversicherung und der Justizbeitreibungsordnung¹⁵⁾.

II.

1. Das Wirksamkeitsprinzip wird durch § 80 I 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)¹⁶⁾ und seine Vorgänger¹⁷⁾ mittelbar bestätigt. Nur weil die Rechtswirkungen der VAe grundsätzlich sofort und nicht erst mit Unanfechtbarkeit eintreten, war es für den Gesetzgeber erforderlich, der Anfechtung den Suspensiveffekt (SE) des § 80 I 1 beizulegen. Das Wirksamkeitsprinzip ist aber auch die Grundlage der aufschiebenden Wirkung: nur wenn die Rechtswir-

13) § 6 I VwVG i.V.m. § 80 II Nr. 1 - 4.

14) § 1 I VwVG.

15) §§ 1 III, 20 VwVG.

16) vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17).

17) Baden: § 23 VO über das Verfahren in Verwaltungssachen vom 31.8.1884 (GVBl. S. 195); Preußen: § 53 1 Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 3.7.1883, GS S. 165; Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein: § 51 I 1 MRVO Nr. 165 vom 15.9.1948, VOBl.BrZ S. 263; Baden-Württemberg: § 51 I 1 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg in der Fassung des Gesetzes über die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 12. Mai 1958, GBl. S. 131, 147; Bayern: § 51 I 1 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25.9.1946, GVBl. S. 281; Berlin: § 28 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 8. Januar 1951, VOBl. I S. 46 i.V.m. § 53 1 Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 3.7.1883, GS S. 165; Bremen: § 51 I 1 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 5.8.1947, GBl. S. 171; Hessen: § 51 I 1 Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 31.10.1946, GVBl. S. 194; Rheinland-Pfalz: §§ 21 I 1, 43 I Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 14.4.1950, GVBl. S. 103; Saarland: §§ 27, 45 Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 10.7.1951, ABl. S.100.

kungen bereits mit Bekanntgabe an den Betroffenen eintreten, hat der SE des § 80 I 1 in ihnen ein Objekt für die Suspension.

2. Der SE von Widerspruch und Anfechtungsklage des § 80 ist ein Institut des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Er gewährt keinen definitiven, sondern nur temporären Rechtsschutz, und zwar von der Einlegung des Rechtsbehelfs bis zur behördlichen Anordnung nach § 80 II Nr. 4 oder bis zur formellen Rechtskraft des Widerspruchsbescheides oder des verwaltungsgerichtlichen Urteils. Durch seine zeitlich begrenzte Wirkung - die zusätzlich noch auflösend bedingt ist durch die Klagabweisung¹⁸⁾ - unterscheidet er sich von dem verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsurteil, das zeitlich unbegrenzten, also definitiven Rechtsschutz gewährt. Der SE tritt bei der Anfechtung eines belastenden VAs ein und hat die Hemmung der behördlichen Eingriffsbefugnis bis nach der Rechtsschutzgewährung durch den Richter zum Zweck^{19/20)}, ist also auch ein Institut des repressiven Rechtsschutzes. Das hebt ihn gegen die Institute des vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ab, die sich gegen eine noch drohende Maßnahme der Verwaltung wenden, also präventiv sind²¹⁾.

Freilich läßt sich der SE auch als Institut des vorbeugenden Rechtsschutzes auffassen, wenn man in Abweichung von der bisher üblichen Betrachtungsweise zum Bezugspunkt nicht den erlassenen VA, sondern die noch ausstehende Vollziehung des VAs wählt. Liegt es doch auf der Hand, daß der SE vorbeugend schützt, wenn man als drohende Maßnahme der Verwaltung die Vollziehung des VAs ansieht

18) Die ex-tunc-Wirkung ist analog § 158 II BGB zu erzielen; für dieses Ergebnis Karsten, S. 29, und vor allem Kressel, BayVBl. 1958 S. 12 ff.

19) Bayer.VGH - AS 5 S. 1 (2); BVerwG - AS 13 S. 1 (6); OVG Münster - AS 6 S. 189 (193); Bitter, S. 370; Reinicke, S. 352; Rieger, S. 371.

20) Nicht, wie Eyermann-Fröhler (§ 80 RdNr. 3) meinen, die Herstellung des im Rechtsstaat gebotenen Gleichgewichts zwischen Bürger und Behörde. Wäre diese Ansicht richtig, dann läge § 80 II nicht auf der Linie des Rechtsstaatsprinzips! Auch kann von Gleichgewicht keine Rede sein, wo die Behörde nach § 80 II Nr. 4 verfahren darf.

21) z.B. die einstweilige Anordnung nach § 123 und die vorbeugende Unterlassungsklage.

und der SE den Bürger davor bewahrt. Diese Betrachtungsweise dürfte der Terminologie des BVerwG zugrundeliegen, das den SE - ohne nähere Begründung - zu den Instituten des vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zählt²²⁾.

Ich halte diese Betrachtung für bedenklich, weil sie ohne ersichtlichen Grund die Vollziehung des VAs gegenüber dem VA ver selbstständigt, die bisher übliche Abgrenzung des präventiven vom repressiven Rechtsschutz aufgibt und dabei dem Gesuch um definitiven repressiven Rechtsschutz (Anfechtungsklage) in verwirrender Weise einen temporären präventiven Rechtsschutz (SE) an die Seite stellt. Darüber hinaus ist diese Betrachtungsweise ungenau: Ansatzpunkt des SEs ist die Vollziehbarkeit oder sogar die gesamte Wirksamkeit des angefochtenen VAs und diese VA-Eigenschaften sind im Zeitpunkt der Anfechtung bereits vorhanden, so daß der SE ihnen nicht vorbeugt, sondern sie beseitigt. Man wird daher den SE weiterhin zu den Instituten des repressiven verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes rechnen dürfen.

2. K a p i t e l

Das Problem

I.

Der Streit um den Inhalt des SEs ist unter der Herrschaft der früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder entstanden¹⁾. Er hatte sich an der Entlassung eines Beamten auf Probe, dem Schulbeispiel der rechtsgestaltenden VAe, entzündet.

22) BVerwG - AS 13 S. 1 (5, 9); DÖV 1962 S. 795 (796).

1) Dazu ausführlich: Quaritsch, Diss. S. 72 - 105.

1. § 51 I 1 MRVO Nr. 165²⁾ sagte nur, daß Einspruch, Beschwerde und Klage aufschiebende Wirkung haben, nicht aber, worin die aufschiebende Wirkung besteht. § 51 I 2 MRVO verlieh der Behörde die Befugnis, die Vollziehung anzuordnen, wenn sie es im öffentlichen Interesse für erforderlich hielt. In der Anordnung der Vollziehung sah man das Spiegelbild zum Inhalt des SEs und begriff ihn daher als Hemmung der Vollziehbarkeit des angefochtenen VAs³⁾. Diese Annahme fand man durch § 51 III MRVO bestätigt, wonach das Gericht auf Antrag eines Beteiligten die Vollziehung wiederum aussetzen konnte⁴⁾. Der Begriff der Vollziehung aber war an dem klassischen Zweig der Verwaltung, der Polizei- oder Eingriffsverwaltung orientiert, wo die Behörde mit Befehl und Zwang operiert, wo sie befehlende VAs erläßt, die sie notfalls zwangsweise "zur Ausführung bringt"⁵⁾ oder vollzieht. Unter "Vollziehung" verstand man daher die Durchsetzung eines Verwaltungsbefehls im Wege des Verwaltungszwangs⁶⁾, also durch Zwangsgeld, Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwang.

Diese Interpretation des Begriffs Vollziehung hatte zur Folge, daß man annahm, die Anfechtung von rechtsgestaltenden VAs löse keinen SE aus⁷⁾. Denn bei einem rechtsgestalteten VA gibt es im

-
- 2) § 51 MRVO, der in den hier interessierenden Punkten mit den übrigen Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder übereinstimmt, lautet:
- (1) Einspruch, Beschwerde und Klage haben aufschiebende Wirkung. Die Behörde, die den VA erlassen hat, kann jedoch dessen Vollziehung anordnen, wenn sie es im öffentlichen Interesse für geboten hält.
 - (2)
 - (3) Auf Antrag eines Beteiligten kann das Verwaltungsgericht die Vollziehung aussetzen ...
- 3) Hess.VGH - DVBl. 1951 S. 125 (126); OVG Münster - Städtetag 1952 S. 603; MDR 1952 S. 701 (702); AS 10 S. 302 (303); Bettermann, MDR 1955 S. 734 sub 2; Quaritsch, Diss. S. 106, 108; Zschacke, S. 1436.
- 4) vgl. oben Anm. 3.
- 5) So die Formulierung des § 53 prLVG.
- 6) OVG Hamburg - MDR 1958 S. 547.
- 7) OVG Hamburg - DVBl. 1950 S. 260; Hess.VGH a.a.O.; Bettermann, a.a.O. S. 735 sub 5; Kammer, DVBl. 1950 S. 589.

Sinne der Eingriffsverwaltung nichts zu vollziehen. Er führt die bezweckte Rechtsänderung mit Wirkungsbeginn herbei und trägt deshalb die Vollziehung gleichsam in sich⁸⁾: Mit der bekanntgabe der Entlassung verliert der Beamte seinen Beamtenstatus, die Entziehung dieser Rechtsstellung durch eine besondere Zwangsmaßnahme der Verwaltung ist begrifflich ausgeschlossen.

Eine verbreitete Ansicht hielt den Ausschluss des SEs bei der Anfechtung rechtsgestaltender VAe für unbillig, da allein die Rechtsnatur der angefochtenen VAe den Kläger des vorläufigen Rechtsschutzes beraubte⁹⁾. Ja, diese Ansicht hielt das Ergebnis sogar für falsch, da sie im SE ein Wesensmerkmal des durch Art. 19 IV GG gewährleisteten Verwaltungsrechtsschutzes erblickte^{10/11)}. Da also auch der Anfechtung rechtsgestaltender VAe aufschiebende Wirkung zukommen sollte, stellte sich die Frage, ob hierfür der Begriff der Vollziehung einer neuen Interpretation bedurfte oder ob die Vollziehbarkeit als Anknüpfungspunkt des SEs überhaupt unbrauchbar geworden war. Dazu bildeten sich zwei Meinungen.

2. Die erste Ansicht hielt an der Hemmung der Vollziehbarkeit als Inhalt des SEs fest¹²⁾. Sie blieb dabei, daß der SE nur die Voll-

8) Kammer, a.a.O.

9) Die Zulässigkeit der einstw. AO wurde damals überwiegend noch verneint.

10) BVerwG - AS 1 S. 11; NJW 1958 S. 1553, neuerdings abgeschwächt NJW 1964 S. 314; OVG Lüneburg - VerwRspr. 9 S. 881 (885); Andresen, S. 37; Eichhorn, S. 132.

11) A.A. zutreffend Bettermann (Grundrechte), S. 810, und Ule, DVbl. 1959 S. 538 f: der Gesetzgeber hat bei der Wahl zwischen SE und einstweiliger AO freie Hand; ein Institut des vorläufigen Rechtsschutzes muß er allerdings gewähren. A.A. auch BVerfG für das Normenkontrollverfahren (BuBauBl. 1960 S. 519) "Die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG wird nicht durch die Frage berührt, ob der Antrag ... aufschiebende Wirkung hat oder nicht."

12) OLG Braunschweig - NJW 1953 S. 1638 (1639); LVG Düsseldorf - DVbl. 1958 S. 329 (330); OVG Hamburg - DVbl. 1954 S. 236, MDR 1958 S. 547 f; OVG Lüneburg - DVbl. 1951 S. 351 f; OVG Münster - MDR 1952 S. 701 (702), AS 6 S. 189 (194), AS 8 S. 65 (67), VerwRspr. 8 S. 386 (387), AS 10 S. 302 (303); Wü-Ba VGH - DÖV 1952 S. 414 Nr. 187, AS 3 S. 230 (231); Andresen, S. 37, anders aber S. 47; Bochall, § 172 7; Fischbach, § 172 B V 2; Kälker, S. 535; Kammer, DVbl. 1951 S. 700, DVbl. 1953 S. 612; Kretschmer, S. 108 f; Quaritsch, Diss. S. 109f, 161; Röhl, S. 18, aber inkonsequent, vgl. S. 22; Zschacke, S. 1436.

ziehbarkeit des VAs aufschiebt, nicht aber bei den rechtsgestaltenden VAen die Gestaltungswirkung und bei den feststellenden VAen die Feststellungswirkung oder gar die gesamte Wirksamkeit aller angefochtenen VAE. Dafür erweiterte diese Ansicht den Begriff der Vollziehung und definierte: Vollziehung ist jede Maßnahme der Behörde, die der Herstellung des dem VA gemäßen Zustande dient¹³⁾. Damit verzichtete sie einerseits auf die Forderung, daß bei jeder Vollziehung ein auf Befehlsverwirklichung gerichteter Zwang vorliegen müsse, obwohl die Verwirklichung eines befehlenden VAs weiterhin unter die Definition paßte, da die Verwirklichung der Herstellung des dem VA gemäßen Zustande dient; dafür unterfielen der Definition andererseits alle Akte, mit denen die Behörde über die Verwirklichung des Befehlsinhalts eines VAs hinaus rechtliche oder tatsächliche Folgerungen aus einem angefochtenen VA zieht. Denn auch diese Akte dienen der Herstellung des Zustandes, der dem VA entspricht. Zur suspendierten Vollziehung rechnete diese Ansicht also - neben den Zwangsmaßnahmen im Sinne der Eingriffsverwaltung - etwa bei der Entlassung eines Beamten auf Probe die Einbehaltung oder Kürzung der Bezüge, das Verbot, die Dienstgeschäfte weiterzuführen und den Befehl, die Dienstkleidung abzugeben, alles Folgerungen aus der Rechtsgestaltung der Entlassung.

Die Ansicht, die als Inhalt des SEs die Hemmung der Vollziehbarkeit aller angefochtenen VAE in diesem weiten Sinne lehrte, nenne ich im folgenden "Vollziehbarkeitslehre" (VL). Genau genommen müßte sie zwar "erweiterte VL" heißen, da sie den Begriff der Vollziehbarkeit gegenüber dem der klassischen Verwaltung erweitert hat. Doch erscheint die Apostrophierung als VL zulässig, da die klassische Interpretation des Begriffs der Vollziehung bei der Inhaltsbestimmung des SEs seit Geltung der früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder keine Anhänger mehr gefunden hat.

3. Die zweite Meinung löste sich von der Suspension der Vollziehbarkeit und erklärte die totale Wirksamkeitshemmung zunächst der

13) OVG Münster - AS 8 S. 65 (67), AS 10 S. 302 (303); Kammer, DVBl. 1953 S. 612; Röhl, S. 18.

rechtsgestaltenden VAE¹⁴⁾ zum Inhalt des SEs. Sodann dehnte sie diese Hemmungswirkung auf "alle" VAE aus¹⁵⁾, also auch auf die befehlenden und verbietenden, allerdings ohne die Notwendigkeit dafür darzulegen. Diese zweite Ansicht über den Inhalt des SEs nenne ich im folgenden "Wirksamkeitslehre" (WL).

Aus der Wirksamkeitshemmung folgte für Gebots- und Verbots-VAE, daß sie nicht vollzogen werden durften. Denn da der SE sie in ihrer Wirksamkeit hemmte, fehlte es für ihre Vollziehung durch Verwaltungszwang im Sinne der Eingriffsverwaltung am wirksamen Titel¹⁶⁾. Auch bei der Anfechtung rechtsgestaltender VAE war der vorläufige Rechtsschutz auf diesem Wege gewährleistet. Der entlassene Anfechtungskläger behielt zunächst seinen Beamtenstatus, da die Rechtsgestaltung der Entlassung vorläufig unwirksam und damit beseitigt war. So aber fehlte es auch an der Grundlage für belastende Folgerungen aus der Entlassung wie etwa die Einbehaltung oder Kürzung der Dienstbezüge.

II.

1. Die VwGO hat den Streit zwischen VL und WL nicht beseitigt. Weiterhin werden VL und WL vertreten und zwar ohne Differenzie-

- 14) OVG Berlin - AS 4 S. 70 (72); BGH - MDR 1955 S. 732 (733); BVerwG - VerwRspr. 14 S. 887; OLG Düsseldorf - DV 1949 S. 593 (594); Hess.VGH - DVBl. 1951 S. 698 (699); LVG Rheinland-Pf. - ZBR 1953 S. 224 (225); OVG Rheinland-Pf. - VerwRspr. 7 S. 504 (506); VerwRspr. 8 S. 94; Böhm, S. 22; De Clerck, NJW 1956 S. 1339; Eberle, S. 60 sub 4; Kammer, DVBl. 1952 S. 689, DVBl. 1953 S. 612 (widersprüchig); Mang, S. 373; Rieger, S. 371; Reinicke, S. 352; Schunck-De Clerck (VGG), § 43 3 c, (BVerwG) § 29 1; Winkler, S. 566; Ule, (BVerwGG), § 29 III 1.
- 15) Bayer.VGH - ZMR 1953 S. 92, NJW 1958 S. 1458 (1459); BGH - DÖV 1956 S. 413 (414); OLG Düsseldorf - NJW 1959 S. 248 (249); LVG Hannover - DVBl. 1950 S. 346 (347); OVG Münster - ZBR 1950 S. 66 (67), JR 1950 S. 309, DVBl. 1952 S. 545, JZ 1956 S. 127 (129); Wü-Ba VGH - VerwRspr. 8 S. 480 (481); Bitter, S. 370 sub 1; Eichhorn, S. 69; Groebe, S. 234; Gross, S. 190; Hauelsen, NJW 1953 S. 1166; Helmling, S. 11; Hertel, S. 45 sub 4; Karsten, S. 25; Kayser, DÖV 1954 S. 437, NJW 1953 S. 1921; Körner, S. 49 sub II 4 b; Kressel, S. 13; Loppuch, S. 588; Plog-Wiedow, § 172 RdNr. 47; Rasch, S. 399; Schattenfroh, S. 143.
- 16) Quaritsch, Diss. S. 106.

rung danach, ob der angefochtene VA ein befehlender, verbotender oder rechtsgestaltender ist¹⁷⁾.

Für die rechtsgestaltenden VAe ist zwar durch § 80 I 2 ex lege geklärt, daß ihrer Anfechtung aufschiebende Wirkung zukommt¹⁸⁾. Dieses Ergebnis vermag aber einerseits die VL zu erzielen, indem sie mit Hilfe ihres erweiterten Begriffs der Vollziehung alle belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung als suspendierte Vollziehungsakte deklariert. Für die WL andererseits bietet die aufschiebende Wirkung hier keine Schwierigkeiten, da bei suspendierter Wirksamkeit die Rechtsgestaltung beseitigt ist, so daß für alle belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung der Titel fehlt. Es ist daher nicht erstaunlich, daß die Streitfrage nach dem Inhalt des SEs fortbesteht, wenn man sich auch auf Grund des § 80 I 2 darin einig ist, daß der SE die belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung umfassen muß.

2. Die Rechtsprechung des BVerwG zum Inhalt des SEs ist nicht einheitlich. Zunächst hatte der V.Senat in einem Beschluß vom 9.9.1960¹⁹⁾, mit dem er die Aussetzung der Vollziehung einer Überleitungsverfügung nach § 21 a der FürsorgepflichtVO²⁰⁾ ablehnte, diese Frage berührt. Er führte dabei - ohne auf das Problem näher einzugehen - aus, der SE stehe " nicht nur Vollstreckungsmaßnahmen der Behörde, sondern auch den unmittelbar eintretenden Wirkungen rechtsgestaltender VAe entgegen (§ 80 I 2 VwGO)"²¹⁾.

Sodann äußerte sich der VIII.Senat in einem Urteil vom 21.6.1964²²⁾ ausführlich in gegenteiligem Sinn zum Inhalt des SEs. Ohne den Beschluß des V.Senats zu erwähnen, führte der VIII.Senat aus: "Das Wesen der aufschiebenden Wirkung besteht ... darin, daß sie die Behörde verpflichtet, für die Dauer des durch die Anfechtung des VAs herbeigeführten Schwebezustandes, währenddessen Ungewißheit darüber besteht, ob diese Erfolg haben wird, alle Maßnahmen

17) De Clerck, DÖV 1964 S. 152 sub 2; Leusser-Gerner, Art. 16 Anm. 3, Art. 44 Anm. 4; Quaritsch, Diss. S.105, VerwArch S. 224.

18) Gegenteilige Ansichten, vgl. S. 17 Anm. 7, sind damit überholt.

19) NJW 1961 S. 90 f. 20) vom 13.2.1924 (RGBl. I S. 100).

21) BVerwG, a.a.O. S. 91. 22) AS 13 S. 1 ff.

zu unterlassen, die der Vollziehung des VAS dienen, sofern diese Maßnahmen den Bestand und die Rechtmäßigkeit des ergangenen VAS voraussetzen²³⁾. Die "Gestaltungswirkung tritt ... unabhängig davon ein, ob der VA angefochten wird; sie wird als solche durch seine Anfechtung nicht berührt"²⁴⁾. "Nicht die Wirksamkeit, sondern nur die Vollziehbarkeit des VAS unterliegt also dem SE"²⁵⁾. Dieser Ansicht ist der VI. Senat in einem Beschluß vom 7.9.1962²⁶⁾ beigetreten.

3. Abgesehen vom BVerwG befaßten sich bisher nur das OVG Hamburg²⁷⁾ und der Hess.VGH²⁸⁾ mit dem Inhalt des SEs und vertraten dabei in Anlehnung an das Urteil des VIII. Senats des BVerwG²⁹⁾ die VL. Die übrigen Gerichte dagegen behandelten die Streitfrage nicht ausdrücklich, sondern ließen nur an ihren Formulierungen erkennen, daß sie für die VL³⁰⁾ oder WL³¹⁾ eintreten.

4. Auch in der Literatur sind die Meinungen geteilt. Für die VL tritt besonders Koehler³²⁾ ein. Er führt aus: "Die aufschiebende

23) a.a.O. S. 6.

24) a.a.O. S. 7.

25) a.a.O. S. 8; so anscheinend auch BVerwG VerwRspr. 15 S. 890.

26) DÖV 1962 S. 795 (796); bestätigt in DVBl. 1964 S. 761 (762).

27) VerwRspr. 15 S. 154 (155).

28) B.v. 30.6.1961 - QS 24/61 - bei Hauelsen, NJW 1964 S. 2040 Anm. 26; U.v. 30.1.1962 - OS I 106 a/59 - unveröffentlicht; B.v. 20.6.1963 - B I 11/63 - unveröffentlicht.

29) BVerwG - AS 13 S. 1 ff.

30) OVG Hamburg - VerwRspr. 14 S. 192 (193); OVG Lüneburg, VerwRspr. 14 S. 752; VGH Mannheim, NJW 1962 S. 1172 (1173); OVG Münster, VerwRspr. 13 S. 246 (249); NJW 1962 S. 2077.

31) Bayer.VGH, VerwRspr. 14 S. 112 (114); BayVBl. 1963 S. 191; VG Braunschweig, DVBl. 1962 S. 229; VG Darmstadt, B.v. 19.6.1962 - IV 369/62 - unveröffentlicht; OVG Münster, VerwRspr. 14 S. 796 (798).

32) § 80 A II 1; ebenso für die VL: Drews-Wacke, S. 345 f; Forsthoff, S. 484 f, 498 f; Fromm, BB 1962 S. 985 f, DVBl. 1963 S. 564 f; Hartmann-Janssen, Art. 44 4; Heintze, S. 1431 Anm. 3 (widersprüchig, vgl. S. 1432); Janicki, S. 839; Jung, S. 160; Klinger, § 80 B 3; Löwer, DÖV 1963 S. 173 sub II, DVBl. 1963 S. 346 sub 4, 348 sub B; Quaritsch, VerwArch S. 227 f; Rambeck, S. 1334; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 1; Schröcker, S. 127; Schunck-De Clerck, § 80 2 a; Wolff, I S. 288. Unentschieden Lamberg NJW 1963 S. 2154.

Wirkung betrifft lediglich die Vollziehbarkeit. Die übrigen Wirkungen des VAs bleiben, sofern sie mit dessen Erlaß eingetreten sind, von der Anfechtung unberührt, bis ihr stattgegeben ist".

Demgegenüber betonen Eyermann-Fröhler³³⁾ besonders die WL. Sie schreiben: "Die Einlegung des Rechtsbehelfs hat ... grundsätzlich zur Folge, daß dem VA ... seine Wirksamkeit genommen ist"³³⁾ und "die Bedeutung der aufschiebenden Wirkung bei ... gestaltenden VAen ist, daß der VA bis auf weiteres als noch nicht wirksam zu behandeln ist."³⁴⁾

3. K a p i t e l

Gesetzeswortlaut, Systematik und Materialien des § 80 VwGO

I.

Zur Klärung der verwaltungsprozessualen Streitfrage nach dem Inhalt des SEs soll zunächst der Wortlaut des § 80 untersucht werden.

1a) In § 80 I 1 heißt es schlicht, daß Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Worin diese besteht, wird nicht gesagt. Damit enthält § 80 I 1 ebensowenig wie die früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder eine Aussage zum Inhalt des SEs. Ich kann deshalb De Clerck¹⁾ nicht zustimmen, der meint, der

33) § 80 RdNr. 7.

34) § 80 RdNr. 4; ebenfalls für die WL: De Clerck, DÖV 1964 S.152; Gottschick, § 90 19; Haueisen, NJW 1964 S. 2041 sub 5; Hefele-Schmidt, Art. 44 5; von Köhler, S. 154 f; Kohlhammer, § 19 IV 1 b; Kratzer, S. 170, 174; Lamberg, NJW 1964 S. 711; Leusser-Gerner, Art. 16 3, Art. 18 3; Obermayer, S. 201; Ruckdäschel, S. 684; Schäfer, S. 849; Schmidt-Ehrental, § 41 7; Scholz, S. 158 a.E.; Schrödter, S. 73 sub I; Sellmann, NJW 1964 S. 1545; Siegmund-Schultze, S. 748 ff; Spick, S. 41; Tschira-Schmitt, S. 2 sub 6; von Turegg-Kraus, S. 387; Ule, § 80 I 1 a, Prozeßrecht, S.218; Vogel, S. 127, 134.

1) DÖV 1964 S. 152.

allgemeine Wortlaut des § 80 I 1 spreche für die WL. Abzulehnen ist auch die Ansicht Karstens²⁾, die aufschiebende Wirkung deute "dem Sinne des Wortes nach" auf eine Wirkungshemmung hin. Karstens Schluß von "Wirkung" als Subjekt auf "Wirksamkeit" als Objekt läßt sich nicht begründen.

b) Nach § 80 I 2 tritt die aufschiebende Wirkung auch bei rechtsgestaltenden VAen ein. Man könnte meinen, die Frage nach dem Inhalt des SEs sei durch eine Untersuchung des Begriffs des rechtsgestaltenden VAs zu beantworten. Doch diese Annahme geht fehl. In § 80 I 2 meint der Gesetzgeber VAe von der Art der Beamtenentlassung. Mit § 80 I 2 wollte er klarstellen, daß der Anfechtung der Beamtenentlassung SE zukommt³⁾, was im Jahre 1951 bei Abfassung der entsprechenden Bestimmung des Vorentwurfs⁴⁾ zur VwGO noch sehr bestritten war⁵⁾. Rechtsgestaltende VAe im Sinne des § 80 I 2 sind daher solche VAe, die wie die Beamtenentlassung auf einen materiellen Rechtserfolg abzielen und diesen unmittelbar verwirklichen, ohne insoweit der besonderen Vollziehung zu bedürfen oder auch nur fähig zu sein^{6/7)}. Mit dieser Feststellung ist aber für den Inhalt des SEs nichts gewonnen, da VL und WL den SE bei Anfechtung der Beamtenentlassung zu erklären vermögen⁸⁾.

2) S. 25, vorgetragen bei der gleichen Problematik des § 51 I 1 MRVO Nr. 165.

3) Klinger, § 80 A 1 u. S. 388 Anm. 2; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 2.

4) § 79 I 2; vgl. unten S. 30 f.

5) vgl. oben S. 17 f.

6) ähnlich BVerwG - AS 13 S. 1 (8); OVG Münster - AS 8 S.65 (67).

7) Forsthoff, S. 93, definiert den rechtsgestaltenden VA als VA, der eine konkrete Rechtslage oder ein konkretes Rechtsverhältnis begründet, ändert oder aufhebt. Danach wären nicht nur alle rechtswidrigen VAe rechtsgestaltende, sondern auch die Gebots- und VerbotsVAe; denn letztere schaffen zumindest die "Gestaltungswirkung der Vollstreckbarkeit" (Bettermann, Gedächtnisschrift S. 375), auch wenn man den Gedanken verwirft, erst der VA und nicht schon seine Ermächtigungsnorm begründe das konkrete Rechtsverhältnis.

8) vgl. oben S. 21.

Schäfer⁹⁾ stützt die WL vor allem auf § 80 I 2. Er argumentiert unter Zugrundelegung des engen Vollzugsbegriffs, ein rechtsgestaltender -VA sei vollzugsunfähig und da § 80 I 2 der Anfechtung rechtsgestaltender VAe aufschiebende Wirkung beilege, müsse der SE etwas anderes als ein Vollzugsverbot zum Inhalt haben. Aber diese Deduktion ist nicht zwingend. Die VL hat den engen Vollzugsbegriff im Sinne der Eingriffsverwaltung¹⁰⁾ gerade in der Erkenntnis aufgegeben, daß mit ihm eine Suspension bei rechtsgestaltenden VAen nicht zu erzielen ist. Im Sinne des weiten Vollzugsbegriffs¹¹⁾ gibt es aber auch bei rechtsgestaltenden VAen eine Vollziehung, so daß der SE auch bei ihnen ein Vollzugsverbot zum Inhalt haben kann.

Das BVerwG¹²⁾ versteht § 80 I 2 dahin, daß bei rechtsgestaltenden VAen die Vollzugsakte im Sinne des weiten Vollzugsbegriffs aufgeschoben werden und faßt die Vorschrift damit offenbar als Bestätigung der VL auf. Man kann aber § 80 I 2 nur dann als Bestätigung der VL und deren weitem Vollzugsbegriff auffassen, wenn man mangels besserer Bestätigung genügen läßt, daß die VL mit § 80 I 2 vereinbar ist. Gerade das aber geht nicht an, weil sich auch die WL mit § 80 I 2 in Einklang bringen läßt, nämlich wenn man den Inhalt des SEs darin sieht, daß er alle VAe in ihrer Wirksamkeit hemmt, was ja auch bei einem rechtsgestaltenden VA möglich ist.

c) Nach § 80 II Nr. 2 entfällt die aufschiebende Wirkung bei unaufschiebbaren Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten. Der Umkehrschluß ergibt, daß aufschiebbare Anordnungen bei ihrer Anfechtung vom SE betroffen werden. Wenn aber diese Anordnungen, die begrifflich VAe sind, selbst aufgeschoben werden, dann könnte man annehmen, daß sie in ihrer Wirksamkeit gehemmt werden. Doch ist dieser Schluß recht vage, so daß man aus § 80 II Nr. 2 kaum etwas für die WL herleiten kann.

9) S. 848; ebenso anscheinend De Clerck, DÖV 1964 S. 152 und Siegmund-Schultze, S. 749.

10) vgl. oben S. 17.

11) vgl. oben S. 18 f.

12) AS 13 S. 1 (7 f).

d) Nach § 80 II Nr. 4 haben Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung, wenn die Behörde a quo die sofortige Vollziehung anordnet. Mit dieser Anordnung, so kann man wie bei § 51 MRVO argumentieren¹³⁾, macht die Behörde zunichte, was Folge der Anfechtung und Inhalt des SEs ist, nämlich die Hemmung der Vollziehbarkeit des VAs¹⁴⁾. Daher spricht § 80 II Nr. 4 für die VL.

e) Gemäß § 80 IV 1 kann die Behörde ad quem in den Fällen des § 80 II die Vollziehung aussetzen, soweit bundesgesetzlich nicht etwas anderes bestimmt ist. Diese Aussetzungsverfügung läßt sich als behördlich angeordnete Suspension auffassen. Im Gegensatz zu § 80 I 1 ist die Suspension hier inhaltlich gekennzeichnet und zwar als Aussetzung der Vollziehung. Damit spricht § 80 IV 1 für die VL.

f) Gemäß § 80 V 1 kann das Gericht der Hauptsache nach Anordnung der Vollziehung seitens der Behörde a quo die aufschiebende Wirkung wiederherstellen oder die aufschiebende Wirkung anordnen, wenn dem Rechtsbehelf kein SE zukam. Stünde der Gesetzgeber auf dem Boden der VL - so könnte man argumentieren - dann hätte er auch hier den Begriff der Vollziehung verwenden und dem Gericht die Befugnis verleihen müssen, die Vollziehung des angefochtenen VAs auszusetzen. Dies umso mehr, als in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder von der Aussetzung der Vollziehung die Rede war¹⁵⁾ und sich hierauf die VL stützte¹⁶⁾.

Doch der Gesetzgeber entscheidet sich, wenn er von dem zwar umstrittenen aber für die VL sprechenden Wortlaut der *leges abrogatae* abweicht und in der *lex lata* schlicht von der Herstellung der aufschiebenden Wirkung spricht, damit noch nicht für einen neuen speziellen Inhalt des SEs im Sinne der Hemmung der Wirksamkeit des VAs¹⁷⁾. Vielmehr ist die Rechtslage dann wieder gänzlich offen. Der Schluß aus der "Herstellung der aufschiebenden Wirkung"

13) vgl. oben S. 17.

14) So BVerwG - AS 13 S. 1 (6) und Jung, S. 160.

15) vgl. oben S. 17 Anm. 2.

16) Zusammen mit der AO der sofortigen Vollziehung vgl. oben S. 17.

17) Ähnlich Quaritsch, Diss. S. 113, VerwArch S. 224.

in § 80 V 1 auf die Stellungnahme des Gesetzgebers für die VL ist aber auch deshalb zweifelhaft, weil die Behörde ad quem, wenn sie und nicht das Gericht tätig wird, nach § 80 IV 1 die "Vollziehung aussetzen" soll¹⁸⁾. Damit ist die "Herstellung der aufschiebenden Wirkung" in § 80 V 1, wenn schon nicht interpretiert, so doch wohl "neutralisiert".

g) Nach § 80 V 3 kann das Gericht die Aufhebung der Vollziehung anordnen, wenn der VA im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen ist. Der Gesetzgeber hat durch § 80 I 2 gezeigt, daß er der Anfechtung der Beamtenentlassung aufschiebende Wirkung beilegen wollte¹⁹⁾. Das läßt darauf schließen, daß er in diesem Fall den gesamten vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 gewähren wollte²⁰⁾. Deshalb ist anzunehmen, daß das Gericht die Behörde durch Aufhebung der Vollziehung nach § 80 V 3 zur vorläufigen Nachzahlung der einbehaltenen Bezüge verpflichten kann²¹⁾. Das aber setzt voraus, daß man die Einbehaltung der Dienstbezüge als Vollziehung der Entlassung ansieht²²⁾ und damit vom weiten Vollzugsbegriff ausgeht, was mir für die VL zu sprechen scheint.

2. Ferner ist zu prüfen, ob sich aus dem systematischen Zusammenhang der Absätze II - V des § 80 mit dem SE des § 80 I 1 Rückschlüsse auf den Inhalt des SEs ziehen lassen.

a) Hierzu ist zunächst der Aufbau des § 80 klarzustellen. Der Gesetzgeber bildet in § 80 eine Stufenfolge²³⁾: gegen den belasten-

18) § 80 IV 1 dient der Entlastung des Gerichts: Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 24.

19) vgl. oben S. 24.

20) Heintze, S. 1432.

21) Hess. VGH - ZBR 1962 S. 230 (231); Koehler, § 80 E VI 4; Quaritsch, VerwArch S. 228; Ruckdäschel, S. 685; Siegmund-Schultze, S. 752; a.A. für den Fall, daß keine AO nach § 80 II Nr. 4 ergangen ist: Mangels, S. 352.

22) Siegmund-Schultze, a.a.O.. Schäfer, der die rechtsgestaltenden VAe für vollzugsunfähig hält (S. 848), müßte zu § 123 ausweichen.

23) Ähnlich wie die Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder, z.B. § 51 MRVO; vgl. oben S. 17 Anm. 2.

den VA legt der Bürger Widerspruch ein, bzw. er erhebt Anfechtungsklage. Damit tritt als 1. Stufe die aufschiebende Wirkung ein (§ 80 I 1). Die Behörde a quo oder ad quem kann mit einer besonderen Anordnung antworten und dadurch auf 2. Stufe den SE beseitigen (§ 80 II Nr. 4). Schließlich können auf 3. Stufe die Behörde ad quem oder das Verwaltungsgericht die Anordnung aufheben und den SE wiederherstellen (§ 80 IV 1, V 1).

Obwohl der Gesetzgeber bei der 1. Stufe schlicht von der aufschiebenden Wirkung gesprochen hatte, konnte er sich durch konsequenten Gebrauch der Worte "Vollziehung" oder "Wirksamkeit" auf 2. und 3. Stufe noch für die Vollziehbarkeits- oder Wirksamkeitslehre entscheiden. Doch das hat er nicht getan.

b) Zwar spricht er in § 80 II Nr. 4 auf 2. Stufe von der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde a quo oder ad quem und in § 80 IV 1 auf 3. Stufe von der Aussetzung der Vollziehung durch die Behörde ad quem. Aber dem Gericht verleiht er in § 80 V 1 - gleichfalls auf 3. Stufe - die Befugnis, die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung anzuordnen. Allerdings gebraucht er damit nicht das Wort "Wirksamkeit", sondern kehrt zur "aufschiebenden Wirkung" der 1. Stufe des § 80 I 1 zurück. Doch ist dadurch auf der 3. Stufe die einheitliche Fassung im Sinne der VL gestört. Deshalb dürften aus dem systematischen Zusammenhang der Absätze II - V des § 80 mit dem SE des § 80 I 1 keine durchgreifenden Rückschlüsse auf den Inhalt des SEs als Vollzugshemmung zu ziehen sein. Immerhin hat die VL durch die "Vollziehung" auf 2. und 3. Stufe eine Stütze in der Systematik des § 80.

Die WL dagegen muß sich entgegenhalten lassen, daß die "Wirksamkeit" in § 80 nicht erwähnt wird. Deshalb ist die Frage, wie sich angesichts der Vollziehungsterminologie auf 2. und 3. Stufe die drei Stufen des § 80 als Wirksamkeitshemmung, -anordnung und -aussetzung auslegen lassen, für die WL recht heikel²⁴⁾. Scholz²⁵⁾ meint "Vollziehung" als "Wirksamkeit" auslegen zu können, "weil die Vollziehung des VAs lediglich eine Komplementärfunktion der

24) Ohne Begründung: Schäfer, S. 848 f sub IV; Ule, § 80 I 3; ebenso schon BGH MDR 1955 S. 732 (733 sub 3) bei § 51 MRVO.

5) S. 160 f.

Wirksamkeit des VAs" sei. Dem befehlenden VA sei die Vollstreckung rechtlich ebenso immanent wie dem rechtsgestaltenden VA die Rechtsgestaltung. Rechtswirksamkeit und Vollzug eines VAs seien rechtlich identische Größen. Diese Thesen verdienen keinen Beifall. Selbst wenn die Vollziehung des VAs eine Komplementärfunktion der Wirksamkeit sein sollte, so verbietet sich der Schluß von der Komplementärqualität auf die rechtliche Identität, da der Gesetzgeber die beiden Funktionen in § 6 I VwVG unterschiedlich behandelt²⁶⁾.

Eyermann-Fröhler²⁷⁾ wollen das Wort "Vollziehung" in § 80 II Nr.4 mit dem Hinweis entkräften, bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung handele es sich gewissermaßen um das Korrelat der aufschiebenden Wirkung. Ähnlich meint Siegmund-Schultze²⁸⁾, der Vollziehungsbegriff sei von der aufschiebenden Wirkung her als dem grundlegenden Begriff des § 80 zu bestimmen. Das aber heißt, daß man die inhaltsbestimmte Anordnung der sofortigen Vollziehung (II Nr. 4) und die Aussetzung der Vollziehung (IV 1) zunächst der indifferenten aufschiebenden Wirkung des § 80 I 1 "angleicht". So dann legt man die 1. Stufe und die angegliche 2. und 3. als Wirksamkeitshemmung, -anordnung und -aussetzung aus. Siegmund-Schultze²⁹⁾ begründet als einziger diesen letzten entscheidenden Schritt. Er verweist auf § 80 I 2. Daß diese Vorschrift aber nicht einseitig für die WL spricht, ist bereits dargelegt worden³⁰⁾. Deshalb wird man zumindest sagen müssen, daß die Auslegung der 3 Stufen des § 80 als Wirksamkeitshemmung, -anordnung und -aussetzung recht gewagt ist und nicht ganz überzeugt.

3. Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich aus dem Wortlaut des § 80 einige Argumente für die VL herleiten lassen, die aber nicht durchgreifen, weil die Terminologie uneinheitlich und die

26) § 6 I VwVG schiebt unstreitig nur die Vollstreckungs-, nicht auch die Gestaltungswirkung auf.

27) § 80 RdNr. 30. 28) S. 748 sub II 2.

29) S. 749; zu seinen verfassungsrechtlichen Überlegungen vgl. unten S. 84.

30) vgl. oben S. 21, 24 f.

Fassung der Vorschrift insoweit verunglückt ist³¹⁾. Doch dürfte die Tatsache, daß § 80 meist von Vollziehung, selten von aufschiebender Wirkung aber nie von Wirksamkeit spricht, in die Richtung der VL weisen. Die Systematik des § 80 läßt gleichfalls keinen sicheren Schluß auf den Inhalt des SEs zu. Auch hier hat die VL aber Vorteile, weil die WL mit ihrer Auslegung des § 80 II Nr. 4 als Wirksamkeitsanordnung und des § 80 IV 1 als Wirksamkeitsaussetzung nicht recht zu überzeugen vermag.

II.

Da Wortlaut und Systematik des § 80 nichts Eindeutiges über den SE ergeben, sind die Materialien zur VwGO zu untersuchen.

1. Grundlage der Materialien ist der Vorentwurf, den der Sachverständigenausschuß der Vereinigung der Präsidenten der Verwaltungsgerichte zusammen mit der Arbeitsgemeinschaft der Innenminister der Bundesländer erarbeitete³²⁾. Dieser im Jahre 1951 veröffentlichte Vorentwurf³³⁾ traf in § 79 folgende Regelung³⁴⁾:

- (I) Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch bei rechtsgestaltenden VAen ...
- (II) Die Behörde ... kann die aufschiebende Wirkung durch besondere Anordnung beseitigen, wenn sie es im öffentlichen Interesse für geboten hält.
- (III) Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung wiederherstellen.
- (IV) ...

Die Bedeutung des Vorentwurfs für den Inhalt des SEs ist zu erkennen, wenn man sich die Stufenfolge des vorläufigen Rechtsschutzes³⁵⁾ vergegenwärtigt und dann den Vorentwurf mit den früheren Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder³⁶⁾ vergleicht. Auf der ersten Stufe stimmt der Vorentwurf mit den damals geltenden Verwal-

31) Kritisch auch Quaritsch, VerwArch S. 224 ff; Schäfer, S. 846 sub III; Spick, S. 83.

32) Koehler, S. 2.

33) DVbl. 1951 im Anschluß an S. 568.

34) S. 8 nach DVbl. 1951 S. 568.

35) vgl. oben S. 27 f.

36) vgl. oben S. 17 Anm. 2.

tungsgerichtsgesetzen überein: Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung; welchen Inhalts, ist nicht gesagt. Auf 2. und 3. Stufe weicht der Vorentwurf entscheidend ab. Anordnung und Aussetzung der Vollziehung fehlen. Das Begriffspaar, auf das sich die VL zur Zeit der früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder stützte, ist eliminiert. Diese hatte ja in der Anordnung der Vollziehung der Verwaltungsgerichtsgesetze das Spiegelbild zum Inhalt des SEs erblickt und den SE deshalb als Hemmung der Vollziehung des angefochtenen VAs verstanden³⁷⁾. Damit wählt der Vorentwurf ebenso wie auf der 1. Stufe des vorläufigen Rechtsschutzes auch auf der 2. und 3. eine Fassung, die der Auslegung die freie Entscheidung für VL oder WL läßt³⁸⁾. Der Vorentwurf ergibt also nichts Eindeutiges für den Inhalt des SEs.

2. Der Regierungsentwurf (RegEntw) zur VwGO hat in § 81³⁹⁾ die Fassung des Vorentwurfs wörtlich⁴⁰⁾ übernommen. Gegenüber den früheren Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder bleiben Anordnung und Aussetzung der Vollziehung eliminiert und sind durch die Beseitigung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ersetzt. Auch der RegEntw läßt also keinen sicheren Schluß auf den Inhalt des SEs zu.

3. In der amtlichen Begründung zum RegEntw⁴¹⁾ heißt es: "Von der aufschiebenden Wirkung wird jeder VA erfaßt, gleichgültig, ob er eines besonderen Vollzuges bedarf oder nicht, wenn er nur begrifflich der aufschiebenden Wirkung fähig ist"⁴²⁾. Der Sinn dieses Satzes ist zweifelhaft. Es wird die Meinung vertreten⁴³⁾, durch diesen Hinweis zeige der Gesetzgeber, daß er unter der aufschiebenden Wirkung nicht nur die Hemmung der Vollziehung, sondern auch

37) vgl. oben S. 17.

38) Quaritsch, Diss. S. 113, VerwArch S. 224; vgl. oben S. 26 f.

39) BT-Drucks. I Nr. 4278, S. 14; BT-Drucks. II Nr. 462, S. 13; BT-Drucks. III Nr. 55, S. 12; jeweils wörtlich übereinstimmend.

40) In den hier entscheidenden Punkten.

41) BT-Drucks. III Nr. 55, S. 24 ff.

42) Amtl. Begründung a.a.O. S. 39.

43) De Clerck, DÖV 1964 S. 152; Schäfer, S. 848; ähnlich Siegmund-Schultze, S. 748 sub II 1.

den vorläufigen Wegfall der Wirksamkeit des VAs verstanden habe. Denn auch insoweit sei der angefochtene VA einer aufschiebenden Wirkung fähig⁴⁴⁾.

Dieser Argumentation vermag ich mich nicht anzuschließen. Der Akzent in dem zitierten Satz der amtlichen Begründung liegt auf dem "besonderen" Vollzug. Er bringt zum Ausdruck, daß die Anfechtung auch der VAe aufschiebende Wirkung besitzen soll, die einer besonderen Vollziehung nicht bedürfen. Damit sind die rechtsgestaltenden VAe des § 80 I 2 angesprochen, die keiner besonderen Vollziehung durch Zwangsgeld, Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwang bedürfen, sondern die Verwirklichung ihres Inhalts mit Wirkungsbeginn herbeiführen und deshalb die Vollziehung "gleichsam in sich tragen"⁴⁵⁾. Daraus, daß auch die Anfechtung rechtsgestaltender VAe SE besitzen soll, läßt sich aber nicht überzeugend ableiten, daß die Suspension in der Hemmung der Wirksamkeit bestehen muß. Denn auch bei den rechtsgestaltenden VAen gibt es behördliche Ausführungsmaßnahmen - wie etwa bei der Beamtenentlassung die Einbehaltung oder Kürzung der Dienstbezüge und bei der Entziehung der Fahrerlaubnis die Entziehung des Führerscheins - die man mit der VL als aufschiebbare Vollziehungsakte ansehen könnte⁴⁶⁾. Mit anderen Worten: Damit, daß einerseits jeder der Suspension fähige VA suspendiert werden soll und daß andererseits jeder VA der Wirksamkeitshemmung fähig ist, läßt sich nicht beweisen, daß der SE in der Wirksamkeitshemmung bestehen muß. Denn ebenso gut kann man argumentieren, jeder VA sei im Sinne des weiten Vollziehungsbegriffs vollziehbar, damit der Hemmung der Vollziehbarkeit fähig und deshalb spreche obiger Satz der amtlichen Begründung für die VL.

Man kann also den Satz der amtlichen Begründung weder für die VL noch für die WL heranziehen. Er wird dahin zu verstehen sein, daß der Gesetzgeber mit dem Inhalt des SEs über die Hemmung der besonderen Vollziehung im Sinne der Eingriffsverwaltung - also über die Hemmungswirkung gegenüber Zwangsgeld, Ersatzvornahme und unmittelbaren Zwang - hinausgehen wollte, für das Wieweit aber keine Grenze aufzeigte, sondern die Frage nach dem Inhalt des SEs insoweit unbeantwortet gelassen hat⁴⁷⁾.

44) Schäfer, S. 848.

45) Kammer, DVBl. 1950 S. 589.

46) BVerwG - AS 13 S.1 (7 f.). 47) Ähnlich Lamberg, NJW 1963 S.2154.

Eine andere Stelle der amtlichen Begründung könnte auf die Stellungnahme des Gesetzgebers für die WL schließen lassen. Bei der Abgrenzung der vorläufigen Rechtsschutzes nach § 81 RegEntw, von dem durch einstweilige Anordnung nach § 122 RegEntw heißt es⁴⁸⁾: "Für Anfechtungssachen ... wird die Funktion der einstweiligen Verfügung von der Regelung des § 81 übernommen. Ergeht ein beschwerender VA, so wird er durch Einlegung des Widerspruchs oder der Anfechtungsklage wegen der damit verbundenen aufschiebenden Wirkung ipso iure ausgesetzt!"⁴⁹⁾ Der VA schlechthin wird also ausgesetzt. Das kann genau genommen nur heißen, daß er in seiner Wirksamkeit gehemmt wird. Von Hemmung der Vollziehung ist hier keine Rede. Doch wird man aus dieser Fassung keine entscheidenden Schlüsse auf den Willen des Gesetzgebers ziehen können. Denn einmal kann es sich bei dieser Formulierung um eine sprachliche Ungenauigkeit handeln und zum anderen steht der Satz bei der einstweiligen Anordnung, wo sich der Gesetzgeber wohl kaum auf einen bestimmten Inhalt des SEs festlegen wollte.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß sich in der amtlichen Begründung ein Anhaltspunkt für die WL findet. Dieser erlaubt aber keinen sicheren Schluß auf die Stellungnahme des Gesetzgebers für die WL, weil die amtliche Begründung an der entscheidenden Stelle die Frage nach dem Inhalt des SEs - vermutlich bewußt - unbeantwortet gelassen hat.

4. Zum RegEntw der VwGO hat der Bundesrat Stellung genommen⁵⁰⁾. Er hat die Fassung des § 81 RegEntw nur in einem hier unwesentlichen Punkte beanstandet⁵¹⁾ und damit konkludent seine Zustimmung zu der übrigen Fassung des § 81 RegEntw erklärt. Deshalb kann man aus der Stellungnahme des Bundesrates ebensowenig wie aus dem RegEntw einen sicheren Schluß auf den Inhalt des SEs ziehen.

5. Der Deutsche Anwaltsverein hat durch seinen Verwaltungsausschuß eine Stellungnahme zum RegEntw der VwGO abgegeben⁵²⁾. Er hat für § 81 folgende Fassung vorgeschlagen⁵³⁾:

48) BT-Drucks. III Nr. 55, S. 44

49) Unterstreichungen durch den Verf. 50) BT-Drucks. II Nr. 462.

51) BT-Drucks. a.a.O., S. 62.

52) v. 7.3.1958 (unveröffentlicht) 53) Stellungnahme S.35 f.

- (I) Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch bei rechtsgestaltenden VAen.
- (II) Die aufschiebende Wirkung entfällt nur:

1. ...

- 3. soweit die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse ... geboten ist und die Behörde, die den VA erlassen hat, die aufschiebende Wirkung durch besondere Anordnung ausschließt,
- 4. in den sonstigen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen.

(III)

- (IV) Nach der Einlegung des Widerspruchs kann die Widerspruchsbehörde in den Fällen des II die Vollziehung aussetzen ...

- (V) Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen ...

Ein Vergleich mit dem Vorentwurf⁵⁴⁾ und dem RegEntw⁵⁵⁾ zeigt, daß in der Fassung des Deutschen Anwaltsvereins das Begriffspaar der Anordnung und Aussetzung der Vollziehung nicht ganz eliminiert ist. Zwar soll ebenso wie im Vorentwurf und im RegEntw die Behörde a quo die aufschiebende Wirkung ausschließen (II Nr. 3), und der Richter die aufschiebende Wirkung wiederherstellen (V 1). Aber die Fassung des Deutschen Anwaltsvereins verleiht daneben der Behörde ad quem die Befugnis, nach Einlegung des Widerspruchs die Vollziehung auszusetzen (IV). Damit ist auf 3. Stufe einerseits von der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht (V 1) und andererseits von der Aussetzung der Vollziehung durch die Behörde ad quem (IV) die Rede. Diese uneinheitliche Fassung dürfte darauf beruhen, daß der Deutsche Anwaltsverein die aus dem Vorentwurf übernommene indifferente Fassung des Ausschlusses und der Anordnung der aufschiebenden Wirkung (II Nr. 3) als Anordnung und Aussetzung der Vollziehung aufgefaßt hat und sich deshalb nicht bewußt gewesen ist, mit seinem Absatz IV die Einheitlichkeit der Fassung zu stören.

Diese Annahme wird durch die Begründung bestätigt, die der Deutsche Anwaltsverein seiner Fassung beigegeben hat. Er rechtfertigt den Ausschluß des SEs in den durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen (II Nr. 4) damit, daß "dann sowohl die Widerspruchsbehörde als auch ... das Gericht ohne jeden Zweifel befugt sind, die so-

54) vgl. oben S.30.

55) vgl. oben S. 31.

fortige Vollziehung auch dann auszusetzen, wenn die sofortige Vollziehbarkeit in einem ... Bundesgesetz vorgesehen oder ihre Anordnung durch die Behörde zugelassen ist"⁵⁶⁾. Hier ist einerseits von der Befugnis des Gerichts die Rede, die Vollziehung auszusetzen, und andererseits von der Ermächtigung der Behörde a quo, die sofortige Vollziehung anzuordnen. Daraus wird man folgern können, daß der Deutsche Anwaltsverein den Ausschluß und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung in der übernommenen Fassung des RegEntw als Anordnung und Aussetzung der Vollziehung verstanden⁵⁷⁾ und damit im Sinne der VL interpretiert hat, zumal er die Wirksamkeit des angefochtenen VAs mit keinem Wort erwähnt⁵⁸⁾.

Es ist also festzustellen, daß die Fassung des Deutschen Anwaltsvereins uneinheitlich ist. Aus der Begründung ergibt sich aber, daß der Deutsche Anwaltsverein die 2. und 3. Stufe als Herstellung und Beseitigung der Vollziehbarkeit des VAs verstanden hat. Daraus wird man folgern können, daß der Deutsche Anwaltsverein auch die 1. Stufe, den SE, auf die Vollziehung des angefochtenen VAs bezogen hat. Damit spricht die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins insgesamt für die VL.

6. In seiner Sitzung vom 12.11.1958 hat der Innenausschuß § 81 RegEntw behandelt⁵⁹⁾. Er empfahl dem federführenden Rechtsausschuß folgende Fassung⁶⁰⁾:

(I) Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch bei rechtsgestaltenden VAen. Dies gilt nicht für die Fälle, in denen die aufschiebende Wirkung ... durch Bundesgesetz ausgeschlossen ist ...

56) Stellungnahme S. 37.

57) Daß der Deutsche Anwaltsverein die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als Aussetzung der Vollziehung verstanden hat, folgt ferner daraus, daß er die Aussetzungsbefugnis der Behörde ad quem damit begründet, daß nicht einzusehen ist, "warum die Widerspruchsbehörde nicht auch (sc. wie das Gericht) zur Aussetzung der Vollziehung befugt sein soll" (Stellungnahme S. 37).

58) Nach Auskunft des Ausschußvorsitzenden Danckelmann ist die Stellungnahme in Besprechungen entstanden, über die nähere Aufzeichnungen nicht vorhanden sind.

59) Protokoll III Nr. 21 des Innenaussch. S. 4.

60) Empfehlungen des Innenaussch. DB 4224 - 1.59, S. 25.

(II) Die Behörde, die den VA erlassen hat, kann die aufschiebende Wirkung ... beseitigen, wenn sie es im öffentlichen Interesse ... für geboten hält ... Nach Einlegung des Widerspruchs kann die Widerspruchsbehörde die Anordnung aufheben.

(III) Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung ... wiederherstellen ...

(IV) Auch in den Fällen des I kann das Gericht auf Antrag die Anordnung nach III treffen.

Ebenso wie im Vorentwurf⁶¹⁾ und im RegEntw⁶²⁾ sind hier Anordnung und Aussetzung der Vollziehung eliminiert. Es ist konsequent - inhaltlich indifferent - vom Ausschluß der aufschiebenden Wirkung durch den Gesetzgeber (I 2), von der Beseitigung der aufschiebenden Wirkung seitens der Behörde a quo durch besondere Anordnung (II 1), von der Aufhebung der Beseitigungsanordnung durch die Behörde ad quem (II 3) und von der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht die Rede (III 1, VI).

Damit besagt die vom Innenausschuß empfohlene Fassung ebensowenig wie der Vorentwurf und RegEntw etwas Eindeutiges über den Inhalt des SEs. Auch das stenographische Kurzprotokoll der Sitzung ergibt zu dieser Frage nichts, da weder die Wirksamkeit noch die Vollziehbarkeit des angefochtenen VAs überhaupt erwähnt werden⁶³⁾.

7. Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat seinen Beratungen zur VwGO zunächst den RegEntw, die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins und die Empfehlungen des Innenausschusses zugrundegelegt⁶⁴⁾. Er erörterte bei § 81 RegEntw die Fragen, ob der SE bei Rechtsbehelfen gegen die Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten ex lege ausgeschlossen werden⁶⁵⁾, ob die Behörde ad quem die Vollziehung aussetzen können⁶⁶⁾ und ob der gerichtliche Aussetzungsbeschluß anfechtbar sein solle⁶⁷⁾. Hierbei gebrauchten die Ausschußmitglieder den Ausschluß der aufschiebenden

61) vgl. oben S. 30

62) vgl. oben S. 31

63) Protokoll III Nr. 21 des Innenaussch. S. 4. Das Protokoll von der Beratung des § 81 RegEntw nimmt eine knappe Seite ein.

64) Protokoll III Nr. 47 des Rechtsaussch. S. 11; BT-Drucks. III Nr. 1094 S. 8

65) Protokoll III Nr. 47 des Rechtsaussch. S. 23 - 26.

66) a.a.O., S. 28 - 29

67) a.a.O., S. 27 - 28, 33 - 34.

Wirkung⁶⁸⁾ synonym mit der Anordnung der Vollziehung⁶⁹⁾ und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung⁷⁰⁾ synonym mit der Aussetzung der Vollziehung⁷¹⁾.

Siegmund-Schultze⁷²⁾ meint, deshalb liege die Annahme nahe, daß der Ausschuß von der damals vielfach vertretenen WL ausging, welche die Anordnung und Aussetzung der Vollziehung als Beseitigung und Wiederherstellung der Wirksamkeit des VAs auslegte. Er übersieht aber, daß zur Zeit der Ausschußberatungen auch die VL vertreten wurde⁷³⁾, die Rechtslage also bestritten war. Deshalb scheint es mir richtiger, die Vollziehungsterminologie der Ausschußmitglieder als Indiz dafür zu werten, daß der Ausschuß die 2. und 3. Stufe des vorläufigen Rechtsschutzes bei der Anfechtungsklage auf die Vollziehbarkeit und nicht auf die Wirksamkeit des VAs bezogen hat.

Diese Annahme wird dadurch bestätigt, daß Koehler⁷⁴⁾ - er war als Referent des Bundesinnenministeriums maßgeblich an den Vorarbeiten zur VwGO beteiligt und vertritt heute in seinem "Referentenkommentar" zur VwGO die VL⁷⁵⁾ - im Rahmen einer systematischen Darstellung der Stufenfolge des vorläufigen Rechtsschutzes bei der Anfechtungsklage konsequent von der Anordnung und Aussetzung der Vollziehung gesprochen hat. Daß sich aber der Ausschuß der Problematik nicht bewußt geworden ist, zeigt eine Äußerung eines anderen Ausschußmitgliedes. Wittrock⁷⁶⁾ trat für den gesetzlichen Ausschluß des SEs bei Rechtsbehelfen gegen die Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten mit der Begründung ein, der Aufschub der Fälligkeit durch Anfechtung der Zahlungsanordnung müsse vermieden werden. Diese Äußerung blieb unwidersprochen, obwohl sie davon ausgeht, daß der SE die Wirksamkeit des Anforderungsbescheides hemmt. Denn die Fälligkeit ist nur Voraussetzung für die Vollzie-

68) Anders, Protokoll III Nr. 47 des Rechtsaussch. S. 29.

69) Diemer-Nikolaus, Protokoll III Nr.47, S. 24; Hoogen und Koehler, a.a.O., S. 25.

70) Hoogen, a.a.O., S. 24 71) Koehler, a.a.O., S. 25.

72) S. 749. 73) vgl. oben S.18 Anm. 12.

74) a.a.O.; ebenso Protokoll III Nr. 55 des Rechtsaussch. S. 26.

75) § 80 A II 1 76) Protokoll III Nr.47 des Rechtsaussch. S. 24.

hung, nicht aber selbst Vollziehung, und wird deshalb nur bei Wirksamkeitshemmung der Zahlungsanordnung aufgeschoben. Doch blieben die Äußerungen dieser beiden Ausschußmitglieder Ansätze und führten nicht zur Erörterung des Inhalts des SEs.

Der weiteren Beratung legte der Rechtsausschuß folgende Formulierungshilfe zugrunde⁷⁷⁾:

- (I) Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch bei rechtsgestaltenden VAen.
- (II) Die aufschiebende Wirkung entfällt nur,
 - 1. bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten,
 - 2. bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten,
 - 3. in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen,
 - 4. in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den VA erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, die aufschiebende Wirkung durch besondere Anordnung ausgeschlossen ist⁷⁸⁾.

(III ff)⁷⁹⁾.

An der Fassung der Formulierungshilfe fällt auf, daß Anordnung und Aussetzung der Vollziehung eliminiert sind. Insbesondere ist in II Nr. 4 nicht von einer Anordnung der Vollziehung, sondern vom Ausschluß der aufschiebenden Wirkung durch besondere Anordnung die Rede. Doch vermochte sich die Fassung insoweit nicht durchzusetzen. Denn ausweislich des Sitzungsprotokolls wurde "II nach einigen Anregungen zur Umformulierung in der Fassung der Formulierungshilfe mit der Maßgabe beschlossen, daß die Nr. 4 lautet"⁸⁰⁾:

- 4. In den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den VA erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, besonders angeordnet wird.

Damit war die uneinheitliche Fassung gewählt, die in § 80 II Nr. 4 Gesetz geworden ist⁸¹⁾. Nichts beweist klarer als obiges Zitat aus

77) Protokoll III Nr. 47 des Rechtsausschusses S. 32.

78) Der Satz enthält einen stenographischen Fehler; hinter "Beteiligten" ist einzufügen "dringend geboten ist und".

79) mit geringfügigen hier unerheblichen redaktionellen Abweichungen wie § 80.

80) Protokoll III Nr. 47 des Rechtsaussch. S. 33

81) vgl. oben S. 28.

dem stenographischen Protokoll, daß der Rechtsausschuß das Problem nicht gesehen hat⁸²⁾. Die Sachverständigen wurden zum SE nicht gehört⁸³⁾.

Es ist also festzustellen, daß die Ausschußmitglieder die 2. und 3. Stufe des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Vollziehung des angefochtenen VAs bezogen haben dürften, da sie von der Anordnung und Aussetzung der Vollziehung synonym mit dem Ausschluß und der Anordnung der aufschiebenden Wirkung gesprochen haben. Damit dürften sie - offenbar ohne daß ihnen Zweifel gekommen wären - auch die 1. Stufe, den SE, auf die Vollziehung bezogen, d.h. als Hemmung der Vollziehbarkeit verstanden haben. Letzteres ist allerdings angesichts der unwidersprochen gebliebenen Äußerung Wittrocks⁸⁴⁾ nicht ganz zweifelsfrei. Insgesamt aber sprechen die Beratungen des Rechtsausschusses für die VL.

8. Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Problematik des SEs in den Materialien zur VwGO an keiner Stelle angesprochen ist. Der Vorentwurf, der RegEntw, die Stellungnahme des Bundesrates und die Empfehlungen des Innenausschusses gebrauchen indifferente Fassungen und lassen der Auslegung die freie Entscheidung für VL oder WL. In der amtlichen Begründung findet sich ein Anhaltspunkt für die WL, während die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins und die Beratungen des Rechtsausschusses für die VL sprechen. Ergeben also die Materialien insgesamt nichts Eindeutiges für den SE, so scheint mir doch die VL angesichts der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins und der Beratungen des Rechtsausschusses ein gewisses Übergewicht zu besitzen.

82) Sonst hätten bei der späteren Beratung des § 164 RegEntw der Abgeordnete Winter nicht von der Beseitigung der aufschiebenden Wirkung durch die Behörde und der Wiederherstellung durch das Gericht und Koehler unmittelbar anschließend von der behördlichen VollzugsAO und der Vollzugsaussetzung durch das Gericht gesprochen; vgl. Protokoll III Nr. 55 des Rechtsaussch. S. 25 f.

83) Protokoll III Nr. 61 u. 62 des Rechtsaussch.

84) deren Bedeutung für den Inhalt des SEs vielleicht nur nicht erkannt worden ist.

4. K a p i t e l

Einwendungen gegen Wirksamkeits- und Vollziehbarkeitslehre

Um auf die Frage, welcher der beiden Lehren zum SE der Vorzug zu geben ist, eine eigene Antwort geben zu können, sind die Argumente zu prüfen, die gegen VL und WL vorgebracht worden sind.

I.

1. Bettermann¹⁾ hat gegen die WL eingewendet, sie sei mit dem Wesen und dem Inhalt des VAs als einer Willenserklärung der öffentlichen Gewalt unvereinbar²⁾. Es heiße, diese Gewalt und die Unterworfenheit des Bürgers unter sie verleugnen, wenn man allein der Anfechtungserklärung des Gewaltunterworfenen die Kraft zuschreibe, die Willenserklärung des Gewalthabers ihrer sämtlichen rechtlichen Wirkungen auf Zeit zu entkleiden. Das sei nur zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern denkbar, aber nicht im Verhältnis des Gewaltunterworfenen zum Gewaltinhaber³⁾.

Dieser Einwand zeigt, daß die Hemmungswirkung der WL sehr weit geht. Sie ist in der Tat ungewöhnlich. Es läßt sich kein Fall nennen, wo sonst in unserem Recht ein gewaltunterworfenener Rechtsträger die Rechtsmacht hätte, der Willenserklärung des Gewalthabers die gesamte Wirksamkeit zu nehmen. Doch vermag ich der These, daß eine Rechtsmacht dieses Umfangs nur zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern denkbar ist, nicht zu folgen. Man wird annehmen können, daß das Gesetz für den Ausnahmefall der Anfechtung die Rechtsmacht des gewaltunterworfenen Bürgers aufwerten und dem Bürger die Befugnis verleihen kann, durch seine Anfechtungserklärung die ge-

1) MDR 1955 S. 734 sub 3; Röhl, S. 7 ff.

2) Ähnlich das OLG Braunschweig, NJW 1953 S. 1638, das darauf hinweist, daß der VA seiner Rechtsnatur nach eine für den Bürger verbindliche Bekundung der Staatsautorität beinhaltet.

3) Das Argument stammt aus der Zeit der früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder, kann aber auch bei § 80 vorgebracht werden.

samte Wirksamkeit des VAs vorläufig zu suspendieren. Das aber behauptet die WL. Sie leitet die Rechtsmacht zur Wirksamkeitshemmung des VAs aus § 80 her, schreibt also diese Rechtsmacht nicht allein der Willenserklärung des Bürgers zu. Trotzdem muß man einräumen, daß die WL die Subordination des Bürgers unter die öffentliche Gewalt vorläufig gänzlich beseitigt und damit einen Bruch in dieses Über- und Unterordnungsverhältnis hineinträgt⁴⁾.

Man könnte annehmen, daß die VL die Subordination im Falle der Anfechtung auch nicht zu wahren vermag. Wenn nämlich Widerspruch und Anfechtungsklage die Vollziehbarkeit des VAs aufschieben, seine Wirksamkeit aber bestehen lassen, dann bleibt gerade beim klassischen Fall der Subordination, dem befehlenden VA, nur der nicht vollziehbare Befehl übrig. Dieser ist dann zwar noch verbindlich, der Bürger also zu befehlsgemäßigem Verhalten verpflichtet, womit rechtlich die Subordination gewahrt bleibt. Aber ein Befehl, der in seiner Vollziehbarkeit gehemmt ist, dürfte für die tatsächliche Gewaltunterworfenheit des Befehlsadressaten von recht zweifelhaftem Wert sein⁵⁾. Doch da es auch sonst in unserem Recht nicht erzwingbare Pflichten gibt - wie § 888 II ZPO beweist - die trotzdem Pflichten bleiben, wird man aus dem vorläufigen Mangel der Vollziehbarkeit des VAs nichts Entscheidendes gegen die Subordination des Bürgers herleiten können.

2. Die WL ist unvereinbar mit dem bisher ungeschriebenen⁶⁾, nunmehr aber in § 33 II des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963 (EVwVerfG) niedergelegten verwaltungsrechtlichen Grundsatz, wonach ein VA wirksam bleibt, solange er nicht widerrufen

4) Es bleibt zu fragen, wie sich nach der VL die Gewaltunterworfenheit des Bürgers damit verträgt, daß seine Anfechtung die Vollziehbarkeit der Willenserklärung des Gewalthabers zu vernichten vermag.

5) Der Einwand, die Behörde könne ja die sofortige Vollziehung anordnen, verkennt, daß es hier allein um die Subordination im Zeitraum zwischen Anfechtung und behördlicher AO nach § 80 II Nr. 4 geht. Ein Vorgriff auf die Rechtslage nach AO der sofortigen Vollziehung ist daher unzulässig.

6) Den Grundsatz stellen heraus: OLG Braunschweig, NJW 1953 S.1638; Eyermann-Fröhler, Anh. zu § 42 RdNr. 21; Fischbach, § 172 B IV; Forsthoff, S. 207; Klinger, § 80 B 3; Kretschmer, S. 108; Otto Mayer, S. 96; v.Turegg-Kraus, S. 140.

fen, zurückgenommen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist⁷⁾. Denn die WL bejaht die Unwirksamkeit eines VAs auch für den Anfechtungsfall, der sich aber keiner der in § 33 II EVwVerfG aufgezählten Ausnahmen zuordnen läßt. Insbesondere ist die Wirksamkeitshemmung des SEs keine "anderweitige Aufhebung", weil nach traditioneller verwaltungsrechtlicher Terminologie das Gericht, nicht aber der Bürger einen VA "aufhebt"⁸⁾.

Man könnte einwenden, daß § 33 II EVwVerfG nur die Fälle der endgültigen Wirksamkeitsbeseitigung des VAs aufzähle und deshalb nichts gegen die nur vorläufige Wirksamkeitshemmung⁹⁾ des VAs durch den SE ergebe. Doch wenn der VA bis zur gerichtlichen Aufhebung wirksam bleibt und seine Wirksamkeit nur in den aufgezählten Fällen endgültig verliert, dann heißt das genaugenommen, daß es keine vorläufige Unwirksamkeit des VAs gibt.

Allerdings spricht die Unvereinbarkeit der WL mit dem Grundsatz des § 33 II EVwVerfG nicht so klar für die VL, wie es auf den ersten Blick scheint. Denn die VL läßt sich mit § 33 II EVwVerfG auch nicht ohne weiteres vereinbaren. § 33 II EVwVerfG schließt an § 33 I EVwVerfG an, der besagt, daß ein VA mit Bekanntgabe an den Betroffenen wirksam wird. Das ist dahin zu verstehen, daß die Vollstreckungs- und Gestaltungswirkung des VAs sofort und nicht erst mit Unanfechtbarkeit eintreten¹⁰⁾. Wenn § 33 II EVwVerfG erklärt; daß der VA bis zu seiner Aufhebung wirksam bleibt, so heißt das, daß seine Vollstreckungs- und Gestaltungswirkung bis zur Aufhebung erhalten bleiben¹¹⁾. Dann aber ist für die Hemmung der Vollstreckungswirkung durch den SE der VL kein Raum.

7) Abwegig OLG Braunschweig, a.a.O., das anhand dieses Grundsatzes gegen die WL einwendet, der VA müsse ein stets einsatzbereites Werkzeug der Staatsorgane zu schnellem, ungehindertem Eingriff bilden. Aber der SE - gleich welchen Inhalts - soll den ungehinderten Eingriff ja gerade aufschieben.

8) Amtl. Begründung zu § 33 II; S.151: Eine "anderweitige Aufhebung" kommt in erster Linie durch gerichtliche Entscheidung in Betracht.

9) Wiederherstellung der Wirksamkeit erfolgt durch Rücknahme des Rechtsbehelfs, AO nach § 80 II Nr.4 oder rechtskräftige Klagabweisung.

10) vgl. oben S.12.

11) vgl. Amtl. Begründung zu § 33, S.150.

Trotzdem kann man die VL mit § 33 II EVwVerfG in Einklang bringen. § 33 II EVwVerfG läßt sich restriktiv dahin auslegen, daß die Wirksamkeit des VAs mit Ausnahme der Vollstreckungswirkung bis zur gerichtlichen Aufhebung bestehen bleibt. Dieser Weg ist der WL versperrt, da sie die totale Wirksamkeitshemmung des VAs zum Inhalt des SEs erklärt. Doch wird man aus den Schwierigkeiten der WL keine durchgreifenden Folgerungen zugunsten der VL ziehen können, weil der Anfechtungsfall bei Abfassung des § 33 II EVwVerfG vermutlich nicht bedacht worden ist.

3. Der schwerwiegendste Einwand, der gegen die WL erhoben worden ist, scheint mir darin zu bestehen, daß sie dem Betroffenen zuviel Rechtsschutz gewähre, weil ihr SE für die gesamte Verfahrensdauer wirke. Das BVerwG¹²⁾ legt diesen Einwand am Fall des Widerrufs der Beamtenernennung dar. Es geht davon aus, daß es der Betroffene nach der WL in der Hand habe, durch die gestaltende Kraft¹³⁾ von Widerspruch und Anfechtungsklage die Regelung und damit die Rechtsfolgen des Widerrufs hintanzuhalten; der Kläger könne so den Fortbestand des Beamtenverhältnisses bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens erreichen; das sei Rechtsschutz in einem Umfang, der weit über die Erfordernisse des vorläufigen Rechtsschutzes¹⁴⁾ hinausgehe.

Auch Quaritsch¹⁵⁾ will die WL anhand eines praktischen Falles widerlegen. Er wählt den Baudispens als Muster für VAe, die im Sinne der Eingriffsverwaltung vollzugsunfähig sind¹⁶⁾. Bei Anfechtung des Dispenses durch den Nachbarn dürfe der Bauherr, da der Dispens dann nach der WL wirkungslos werde, nicht mit dem Bau beginnen. Eine behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 II Nr. 4 scheide aus, weil der Baudispens nach der Rechtsprechung

12) AS 13 S. 1 (8 f); ebenso DÖV 1962 S. 795 (796).

13) Gemeint ist die Vernichtung der Wirksamkeit des VAs.

14) Das BVerwG, a.a.O., spricht vom "vorbeugenden" Rechtsschutz; dazu oben S. 15 f.

15) VerwArch S. 224 ff. Ruckdäschel, der scheinbar Quaritsch folgt (S. 677 f), vertritt in Wirklichkeit die WL (S. 684) und wendet sich nur gegen eine Wirksamkeitshemmung, auf die Behörde und Gericht keinen Einfluß haben.

16) vgl. oben S. 17 f.

vollzugsunfähig sei¹⁷⁾. Ein gerichtlicher Aussetzungsbeschuß nach § 80 V 1 komme nicht in Betracht, weil der SE noch bestehe und auch eine einstweilige Anordnung nach § 123 sei nicht möglich, weil § 123 nicht für die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung gelte¹⁸⁾. Die Folge sei - und hier zeigt sich, daß Quaritsch in seiner Argumentation aus der Inkongruenz von § 80 I und § 80 II Nr. 4 im Ergebnis denselben Einwand erhebt wie das BVerwG - ein auf Verfahrensdauer wirkender SE. Ein so gestalteter SE privilegiere einseitig den Kläger, schließe den Richter vom Spruch über die aufschiebende Wirkung aus und widerspreche dem System des § 80, nach dem der Richter das letzte Wort über den SE habe¹⁹⁾.

Fragt man sich, warum der SE der WL auf Verfahrensdauer wirken und damit dem Betroffenen zuviel Rechtsschutz gewähren soll, so stößt man auf § 80 II Nr. 4. Dort heißt es, daß die Behörde die sofortige Vollziehung des VAs anordnen kann. Damit - so dürften das BVerwG und Quaritsch argumentieren - kann die Behörde nur die Hemmung der Vollziehung, nicht aber die Hemmung der Wirksamkeit beseitigen. Das aber bedeutet, daß die Behörde den SE, der die Hemmung der Wirksamkeit zum Inhalt hat, nicht vernichten kann, daß somit der Widerruf der Beamtenernennung und der Baudispens unwirksam bleiben, und daß der Richter vom Spruch über den SE ausgeschlossen ist, also im Ergebnis ein auf Verfahrensdauer wirkender SE. Das BVerwG und Quaritsch haben Recht, wenn sie diesen SE für untragbar halten. Denn der Gesetzgeber gibt dadurch, daß er in § 80 eine Stufenfolge bildet²⁰⁾ und dem Richter mit seinem Beschuß nach § 80 V 1 das letzte Wort läßt, zu erkennen, daß der SE keine ausnahmslos auf Verfahrensdauer wirkende Rechtsbehelfsfolge sein soll.

Siegmund-Schultze²¹⁾ und De Clerck²²⁾ wenden ein, daß der SE den Inhalt der Beamtenentlassung unberührt lasse und deshalb der in

17) Quaritsch, VerwArch S. 224. Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich, wie Quaritsch meint; a.A. ist der VGH Stuttgart, VerwRspr. 8 S. 214; 9 S. 966.

18) § 123 V.

19) Ebenso Jung, S. 160, und Schröcker, S. 132, wenn man auf das Zeitmoment seiner Behauptung abstellt, die WL identifiziere SE und Eintritt der formellen Rechtskraft.

20) vgl. oben S. 27 sub 2 a.

21) S. 747 f.

22) DÖV 1964 S. 152.

der Verfügung genannte Zeitpunkt der Entlassung durch den SE nicht verändert werde. Infolge des SEs seien die Rechte und Vergünstigungen nur vorläufig weiterzugewähren. Bei Abweisung der Klage müsse das Beamtenverhältnis rückwirkend zu dem in der Verfügung genannten Zeitpunkt als beendet angesehen werden, so daß die während der Suspensionszeit empfangenen Vergünstigungen (Bezüge) zurückzugewähren seien. Von einem Zuviel an Rechtsschutz könne daher keine Rede sein.

Es ist zwar richtig, daß der SE den Inhalt der behördlichen Verfügung unberührt läßt. Aber Siegmund-Schultze und De Clerck verkennen, daß das BVerwG an der WL gar nicht bemängelt, daß sie dem Anfechtungskläger die Suspensionsvorteile endgültig verschaffe. Vielmehr lehnt das BVerwG ebenso wie Quaritsch nur einen "starren" SE ab, auf den Behörde und Gericht im vorläufigen Verfahren nach § 80 keinen Einfluß haben. Diese Bedenken gegenüber der WL sind aber durch die Ausführungen von Siegmund-Schultze und De Clerck nicht widerlegt.

Die WL könnte den auf Verfahrensdauer wirkenden SE vermeiden, wenn sie das Wort "Vollziehung" in § 80 II Nr. 4 als "Wirksamkeit" liest²³⁾. Dann nämlich könnte die Behörde die sofortige Wirksamkeit des angefochtenen VAs anordnen, dadurch dem Widerruf der Beamtenernennung und dem Baudispens wieder Wirksamkeit verleihen und den SE beseitigen. Bezieht man ferner den Beschluß des Gerichts nach § 80 V 1 gleichfalls auf die Wirksamkeit der angefochtenen VAe, dann könnten Beamter und Nachbar nach § 80 V 1 beantragen, die Unwirksamkeit von Widerruf und Baudispens wiederherzustellen. Damit wäre ein zeitlich begrenzter SE erreicht und das System des § 80 gewahrt.

Zweifelhaft ist aber, ob man die Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 80 II Nr. 4 als Anordnung der sofortigen Wirksamkeit auslegen kann. Ich halte diese Auslegung für sehr bedenklich, da

23) Schäfer, S. 848, meint, die Behörde könne ja nach Anfechtung des Widerrufs die sofortige Vollziehung anordnen und dadurch den SE vernichten; das aber ist unvereinbar mit seiner Ansicht, rechtsgestaltende VAe seien unvollziehbar (a.a.O. sub IV).

sie mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes kaum vereinbar ist²⁴⁾. Doch wird man angesichts der Tatsache, daß § 80 vom Rechtsausschuß des Bundestages nicht einheitlich gefaßt worden ist²⁵⁾, diese Auslegung des § 80 II Nr. 4 nicht mit Sicherheit als verfehlt ablehnen können. Es ist aber festzustellen, daß die WL zu einer recht gewagten Auslegung des § 80 gezwungen ist, wenn sie zuviel Rechtsschutz für den Betroffenen in Gestalt eines auf Verfahrensdauer wirkenden SEs vermeiden will.

4. Nach allgemein anerkanntem Grundsatz des Verwaltungsrechts ist ein rechtswidriger VA zwar anfechtbar, aber zunächst einmal wirksam und verbindlich. Nur bei schwersten Fehlern nimmt man an, daß er von Erlaß an unwirksam, d.h. nichtig ist²⁶⁾. Da der SE nach der WL die Hemmung der Wirksamkeit des angefochtenen VAs zur Folge hat, löst die aufschiebende Wirkung dieselbe Rechtsfolge aus wie sonst nur die denkbar schwersten Fehler; natürlich abgesehen von dem Unterschied, daß die Nichtigkeit als Folge des SEs vorläufig, die Nichtigkeit als Folge schwerster Mängel aber endgültig ist.

Damit ist festzustellen, daß sich die WL nicht in einen herkömmlichen Grundsatz des Verwaltungsrechts einfügt. Das wird noch deutlicher, wenn man die Wirksamkeit des VAs auf den einzelnen Stufen des § 80 betrachtet. Mit Bekanntgabe ist der VA wirksam. Nach Einlegung des Rechtsbehelfs ist er nach der WL unwirksam, also vorläufig nichtig. Ordnet die Behörde - wie die WL verlangt - die sofortige Wirksamkeit an, so ist der VA wieder vorläufig wirksam. Stellt das Gericht die aufschiebende Wirkung wieder her, dann ist der VA wieder vorläufig nichtig. Und weist das Gericht die Anfechtungsklage schließlich ab, dann ist der VA wieder wirksam und zwar nunmehr endgültig. Dieser merkwürdige Wechsel von Wirksamkeit und Nichtigkeit ist ohne Beispiel und vom Standpunkt der Rechtssicherheit sehr bedenklich²⁷⁾. Man wird sich nur schwer vorstellen können, daß der Gesetzgeber das gewollt hat.

24) vgl. oben S. 26 ff. 25) vgl. oben S. 38 f.

26) Eyermann-Fröhler, Anh. zu § 42 RdNr. 2; Klinger, § 42 F I; Redeker-v.Oertzen, § 42 RdNr. 41; v.Turegg-Kraus, S. 138 f; vgl. auch §§ 33, 34 EVwVerfG.

27) Man denke nur an die Anfechtung einer behördlichen Zustimmung zu einer Kündigung, wo dann das Vertragsverhältnis abwechselnd besteht und nicht besteht, je nachdem, ob der VA gerade wirksam oder nichtig ist.

Nach der VL dagegen ist und bleibt der VA bis zu seiner formellen Rechtskraft wirksam und zwar schwebend wirksam, da er noch kas-
siert werden kann. Hier unterliegt lediglich die Vollziehbarkeit
des VAs dem Einfluß des SEs, der behördlichen Anordnung und des
gerichtlichen Beschlusses und das ist nichts Ungewöhnliches, wie
ein Blick auf die ZPO zeigt, wo die vorläufige Vollstreckbarkeit
des Urteils auch angeordnet und eingestellt werden kann²⁸⁾.

II.

1. Man könnte gegen die VL einwenden, daß § 80 I 1 bei einer Grup-
pe von VAen leerläuft, wenn man den SE als Hemmung der Vollzieh-
barkeit begreift.

Die VL nimmt an, der SE von Widerspruch und Anfechtungsklage
schiebe die Vollziehbarkeit des angefochtenen VAs auf. Sie setzt
voraus, daß der VA bei Einlegung eines Rechtsbehelfs vollziehbar
ist und basiert damit auf dem Prinzip, daß die Vollstreckungswir-
kung des VAs sofort mit Bekanntgabe eintritt²⁹⁾, jeder VA also
grundsätzlich sofort, d.h. vor Anordnung der sofortigen Vollzie-
hung gemäß § 80 II Nr. 4 und vor Unanfechtbarkeit vollzogen wer-
den kann^{30/31)}.

Hinsichtlich der sofortigen Vollziehbarkeit der VAs ist aber in
den letzten Jahren ein Wandel eingetreten, der weitgehend unbe-

28) §§ 708 ff, 719, 732 II, 766, 769 ZPO.

29) vgl. oben S. 12.

30) BayObLG - DVBl. 1960 S. 814 (815); BGH - DÖV 1956 S. 413 (414);
OVG Münster - AS 8 S. 65 (68); Andresen, S. 13; De Clerck,
NJW 1961 S. 2233; Eichhorn, S. 69; Eyermann-Fröhler, § 80
RdNr. 1 und 5; Haueisen, NJW 1953 S. 1166; DÖV 1961 S. 125;
Helmling, S. 30; Kammer, DVBl. 1950 S. 589, DVBl. 1953 S. 612;
Kayser, NJW 1953 S. 1921; Klinger § 80 B d; Körner, S. 48;
Löwer, DÖV 1963 S. 173; Rasch, S. 399; Redeker-v.Oertzen,
§ 80 RdNr. 5; Schmitt-Lermann, Art. 19 1 (S.86); Schunck-De
Clerck (VGG), § 43 1; Tschira-Schmitt, S. 1 sub I 2; Ule,
§ 80 I 1 a, Prozeßrecht S. 218 sub I 1.

31) Schon Otto Mayer, S. 163, lehrte: "Die sofortige Vollstreck-
barkeit ist ihm (sc. dem VA) angeboren."

merkt geblieben ist. § 6 I des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes³²⁾ (VwVG) hat diesen Wandel eingeleitet. Die Vorschrift besagt, daß ein VA der Bundesbehörde³³⁾, der auf die Herausgabe einer Sache oder auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, erst durchgesetzt werden kann, wenn er unanfechtbar ist, oder wenn sein sofortiger Vollzug angeordnet oder wenn dem Rechtsbehelf³⁴⁾ keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Die Mehrzahl der Länder hat entsprechende Vorschriften erlassen^{35/36)}. Damit wird man mit Bettermann³⁷⁾ und Rasch-Patzig³⁸⁾ sagen müssen, daß der Grundsatz von der sofortigen Vollziehbarkeit der VAe in dem - durch Ausnahmen allerdings stark eingeschränkten³⁹⁾ - Anwendungsbereich des § 6 I VwVG und der entsprechenden Ländervorschriften keine Gültigkeit mehr besitzt.

32) vom 27.4.1953 (BGBl. I S. 157).

33) Die Beschränkung auf VAe der Bundesbehörden wird man aus entsprechender Anwendung des § 1 VwVG folgern können. Die Kommentare schweigen zu dieser Frage; vgl. z. B. Rasch-Patzig, S. 624 ff.

34) Das VwVG spricht unscharf von "Rechtsmittel"; Widerspruch und Anfechtungsklage lösen nicht den Devolutiveffekt aus, wie ihn die Prozeßlehre versteht. Es sind deshalb nur Rechtsbehelfe (vgl. Bettermann, Gedächtnisschrift S. 387 sub 3); so auch die VwGO in den §§ 46, 49, 58 I, II 1, 59, 123 V, 155 II, 187 III, 195 VI Nr. 4, 5.

35) Bayern: Art. 19 I 1 VwZVG vom 30.5.1961 (GVBl. S. 148); Berlin: § 16 II VwVerfG vom 2.10.1958 (GVBl. S. 951); Bremen: § 11 I 2 VwVerfG i.d.Fassung vom 1.4.1960 (GBL. S. 37); Hamburg: § 18 I VwVG vom 13.3.1961 (GVBl. I S. 79); Nordrhein-Westfalen: § 55 I VwVG vom 27.7.1957 (GVBl. S. 216); Rheinland-Pfalz: § 2 VwVG vom 8.7.1957 (GVBl. S. 101); Saarland: § 1 Nr. 17 lit. a Gesetz Nr. 646 vom 17.7.1958 (ABl. S. 1171). So schon § 55 I pr.PVG vom 1.6.1931 (GVBl. S. 77). In Niedersachsen und Baden-Württemberg sind die LandesVwVGs in Vorbereitung.

36) Hessen hat entsprechende Regelungen in § 34 I Polizeig vom 10.11.1954 (GVBl. S. 203), § 63 Hess.ForstG vom 10.11.1954 (GVBl. S. 211), § 99 Hess.WasserG vom 6.7.1960 (GVBl. S. 69).

37) JZ 1960 S. 338 sub 4 a.

38) § 6 I 3 (S. 624); ebenso Altmeyer-Lahm, § 2 II 1 (S. 66); Drews-Wacke, S. 357; Forsthoff, S. 268; Reuscher, S. 429.

39) vgl. oben S. 13.

Wenn aber VAe in diesem Bereich nicht sofort vollziehbar sind, also keine Gefahr der Vollziehung für den Betroffenen besteht⁴⁰⁾, dann könnte man meinen, daß § 80 I 1 als Hemmung der Vollziehbarkeit⁴¹⁾ leerläuft⁴²⁾. Dies umso mehr, als die Vollziehbarkeit nach § 80 I erst von der Einlegung des Rechtsbehelfs an gehemmt ist, während § 6 I VwVG die Vollziehbarkeit bereits vom Erlass des VAs bis zur Anordnung der sofortigen Vollziehung hemmt. Doch § 80 I und § 6 I VwVG sind aufeinander abgestimmt. In § 6 I a.E. VwVG heißt es, daß der VA vollzogen werden darf, wenn dem Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist. Streicht man den § 80 I 1, der besagt, daß Widerspruch und Anfechtungsklage die aufschiebende Wirkung auslösen, dann haben die Rechtsbehelfe grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung mehr. Damit wäre § 6 I a.E. VwVG erfüllt und der VA könnte sofort vollzogen werden. Dieses Ergebnis verhindert § 80 I 1 durch seinen SE. § 80 I 1 läuft also bei Zugrundelegung der VL nicht leer.

2. Karsten⁴³⁾ meint, die Hemmung allein der Vollziehbarkeit könne nicht befriedigen, weil die Vollziehbarkeit zwar eine der wesentlichsten, aber nicht die einzige Wirkung eines VAs sei. So gebe es Wirkungen, die - wie etwa die Pflicht zur Zahlung der Kosten des VAs, der in einem förmlichen Verfahren ergangen ist - von der Vollziehbarkeit unabhängig seien. Wollte man in einem solchen Falle lediglich die Vollziehbarkeit des VAs, nicht dagegen die für diesen VA erhobene Kostenrechnung als gehemmt betrachten, so käme man zu ungerechtfertigten und unhaltbaren Ergebnissen^{44/45)}.

40) Natürlich kann die Behörde die sofortige Vollziehung anordnen; aber dagegen schützt der SE nicht, um den es hier geht.

41) Die WL ist diesem Einwand nicht ausgesetzt. Ihr SE macht den angefochtenen VA nicht nur unvollziehbar, sondern gänzlich unwirksam, so daß § 80 I über die Hemmung der Vollziehbarkeit des § 6 I VwVG hinaus noch die Hemmung der Wirksamkeit zum Inhalt hätte.

42) Wenn man die unterschiedliche Adressierung nicht genügen läßt: § 80 I sagt dem Bürger, daß nach Anfechtung grundsätzlich die Vollziehbarkeit gehemmt ist, § 6 I VwVG dagegen der Behörde, wann sie vollziehen darf.

43) S. 25 f.

44) Worin sie bestehen, sagt Karsten nicht. Vermutlich sieht er sie darin, daß der Betroffene die Vollziehung der Nebenentscheidung hinnehmen muß, während er in der Hauptsache vorläufigen Rechtsschutz genießt.

45) Das Argument stammt aus der Zeit der früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder, kann aber auch bei § 80 vorgebracht werden.

Dieser Einwand läßt sich nicht dadurch entkräften, daß man Karsten unter Hinweis auf § 80 II Nr. 1 entgegenhält, daß der Gesetzgeber der Kostenanfechtung nun einmal keinen SE beilege. Denn § 80 II Nr. 1 ist mit Rücksicht auf die Steuergesetzgebung normiert worden⁴⁶⁾, die aus finanziellen Interessen des Staates eine aufschiebende Wirkung nicht kennt⁴⁷⁾. § 80 II Nr. 1 ist daher nur bei Streitigkeiten anwendbar, die ausschließlich Geldleistungen zum Gegenstand haben⁴⁸⁾. Karsten hat aber den Fall im Auge, daß ein VA neben seinem Hauptinhalt noch als Nebenentscheidung eine Kostenrechnung enthält und der VA unbeschränkt angefochten wird, also einen Fall, in dem § 80 II Nr. 1 nicht anwendbar ist.

Ferner kann man Karsten nicht damit begegnen, daß man gedanklich aus dem angefochtenen VA die Kostenentscheidung herauslöst, sie zu einem zweiten VA verselbständigt und beide VAe zusammen als durch den Rechtsbehelf angefochten betrachtet. Dann hat nämlich der Streit um den zweiten VA ausschließlich eine Geldleistung zum Gegenstand und § 80 II Nr. 1 greift ein. Das aber heißt, daß die Beitreibung der Kosten nicht gehemmt ist, also gerade das, was Karsten der VL entgegenhält.

Doch die VL kann den Einwand von Karsten dadurch ausräumen, daß sie die Beitreibung der Kosten zur gehemmten Vollziehung des angefochtenen VAs rechnet, so daß sich die Vollziehbarkeit der Kostenrechnung in dem von Karsten gebildeten Fall nach der Vollziehbarkeit des Hauptinhalts des angefochtenen VAs richtet⁴⁹⁾. Damit ist die VL allerdings zur Präzisierung ihres Vollziehungsbegriffs gezwungen: zur Vollziehung sind nicht nur die behördlichen Akte zu zählen, die den Zustand herstellen, der dem Hauptinhalt des angefochtenen VAs entspricht. Vielmehr gehören zur Vollziehung auch die behördlichen Akte, die den Inhalt einer Nebenwirkung des VAs - wie z.B. der Kostenentscheidung - verwirklichen.

46) Amtl. Begründung, III BT-Drucks. Nr. 55 S. 48.

47) Die ordnungsmäßige Haushaltsplanung soll nicht durch die aufschiebende Wirkung zahlreicher (sc. unberechtigter) Klagen gegen Abgaben- und Kostenforderungen gestört werden: Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 20.

48) Bayer.VGH, BayVbl. 1961 S. 27; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr.19; Klinger, § 80 C 1; Koehler, § 80 B I 2 C cc; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 8.

49) Redeker-v.Oertzen, a.a.O.

III.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der SE der WL einen Bruch in das Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Behörde und Bürger trägt und mit dem Wirksamkeitsprinzip des § 33 II EVwVerfG unvereinbar ist. Die WL vermeidet ein Zuviel an vorläufigem Rechtsschutz nur durch eine recht gewagte Auslegung des § 80 II Nr. 4 und identifiziert - abgesehen von der Vorläufigkeit - die Rechtsfolge des Rechtsbehelfs mit derjenigen schwerster Fehler, die einem VA anhaften können. Der SE der VL läßt § 80 I 1 nicht wegen § 6 I VwVG leerlaufen und umfaßt bei extensiver Auslegung des Vollziehungsbegriffs auch die Kostenentscheidung des VAs. Überdenkt man die Einwendungen gegen beide Lehren, so wird man sagen müssen, daß keine Lehre widerlegt ist. Doch scheint mir die WL den größeren Bedenken zu begegnen.

5. K a p i t e l

Vergleichende Betrachtung der ZPO

I.

Die WL behauptet, der SE des § 80 I 1 habe wegen § 80 I 2 die Hemmung der Wirksamkeit zum Inhalt¹⁾. Sie meint also, der SE müsse bei einem rechtsgestaltenden VA in der Hemmung der Wirksamkeit bestehen. Die VL will dagegen mit der Hemmung der Vollziehbarkeit in erweitertem Sinne auskommen, indem sie die belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung als suspendierte Akte der Vollziehung ansieht. Die Frage nach dem Inhalt des SEs müßte auch in der ZPO entstanden sein, wenn ein rechtsgestaltender Richterspruch festzustellen wäre, der bereits mit Zustellung seine Gestaltungswirkung vorläufig entfaltet, der mit aufschiebender Wirkung anfechtbar ist

1) De Clerck, DÖV 1964 S. 152; Schäfer, S. 848; Siegmund-Schultze, S. 749.

und aus dessen Rechtsgestaltung Folgerungen gezogen werden können, die den Adressaten belasten. Sollte die Frage für die ZPO gelöst sein, so könnte die zivilprozessuale Lösung zur Klärung der verwaltungsprozessualen Streitfrage beitragen.

Die ZPO bietet sich für die vergleichende Betrachtung an, weil in § 572 I ZPO beim SE der Beschwerde ebenso wie in § 80 I 1 VwGO schlicht von aufschiebender Wirkung die Rede ist, § 572 II ZPO wie § 80 II Nr. 4 VwGO von Vollziehung spricht und die Regelungen des SEs in den §§ 24 FGG, 92 III ArbGG, 149 I VwGO auf § 572 ZPO zurückgehen, wie ihre fast wörtliche Übereinstimmung mit § 572 ZPO zeigt. Die vergleichende Betrachtung der ZPO ist ferner naheliegend, weil § 167 I VwGO für die Vollstreckung auf das 8. Buch der ZPO verweist und der Vollstreckungs- und Vollziehungsbegriff in der ZPO bereits eingehend erörtert ist²⁾.

Allerdings ist zu bedenken, daß der Bürger mit seinem Rechtsbehelf in der ZPO gegen eine richterliche Entscheidung "Rechtsschutz" sucht und nicht gegen eine Maßnahme der Verwaltungsbehörde, wie das bei der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen einen VA der Fall ist. Aber dieser Unterschied ist der Untersuchung nicht hinderlich, da das Verhältnis des Gerichts zum Bürger vergleichbar ist mit dem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Behörde und Bürger³⁾.

II.

Zunächst ist zu klären, ob das Problem, das den Gegensatz zwischen WL und VL verursacht hat, bei der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nach § 572 I ZPO entsteht.

1. Gemäß § 572 I ZPO hat die Beschwerde nur dann SE, wenn sie gegen eine der in den §§ 109, 380, 390, 409, 619, 656, 678 ZPO erwähnten Entscheidungen gerichtet ist. Die ZPO enumeriert also die Entscheidungen, bei deren Anfechtung der Beschwerde SE zukommt. Des-

2) vgl. Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 25 ff.

3) Karsten, S. 77 f.

halb ist der Kreis der Entscheidungen, der bei § 572 I ZPO für die vergleichende Betrachtung herangezogen werden kann, beschränkt^{4/5)}.

2. § 572 I ZPO verleiht der Beschwerde meist dann SE, wenn der angefochtene Beschluß die Festsetzung von Strafen oder anderen Zwangsmaßnahmen zum Gegenstand hat, nämlich in den Fällen der §§ 380, 390, 409, 619 ZPO. Außerdem hat die Anfechtung der Anordnung über die Unterbringung des zu Entmündigenden nach § 656 ZPO und die Anfechtung der Anordnung der Rückgabe der hinterlegten Sicherheit nach § 109 ZPO aufschiebende Wirkung⁶⁾. Allen diesen Entscheidungen ist gemeinsam, daß sie zur Verwirklichung ihres Adressaten belastenden Inhalts noch der staatlichen Verwirklichung bedürfen. Sie entsprechen damit den befehlenden und nicht den rechtsgestaltenden VAen; so daß sich bei ihnen die Frage nach dem Inhalt des SEs als Aufschub der Gestaltungswirkung oder Suspension der belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung nicht stellt. Deshalb kommt der amtlichen Begründung zur ZPO⁷⁾ und der übereinstimmenden Ansicht der Zivilprozeßlehre⁸⁾, wonach

-
- 4) Anders die VwGO: Grundsätzlich nach § 80 I 1 SE, der "nur" in den Fällen des § 80 II Nr. 1 - 4 entfällt.
- 5) Das muß keine Bescheidung des vorläufigen Rechtsschutzes sein; nämlich dann nicht, wenn die gerichtliche Entscheidung ihre typische Wirkung - Vollstreckung oder Gestaltung - erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft entfaltet, vgl. etwa §§ 53 I 1, 56 II, 56 b, 56 c S. 1 FGG.
- 6) Eingefügt durch die Novelle vom 17.5.1898 (RGBl. S.256) und zwar "im Hinblick auf die Nachteile, die aus der Vollziehung dieses Beschlusses der Partei erwachsen können, welcher Sicherheit geleistet ist" (Amtl. Begründung, Mugdan S. 89).
- 7) Amtl. Begründung zu § 511 des 1. Entwurfs, der dem heutigen § 572 ZPO entspricht: "Die sofortige Vollstreckbarkeit der dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen ist als Regel in § 511 festgehalten ... Diese Ausnahmen (heute § 572 I ZPO) ... werden durch die Erwägung gerechtfertigt, daß aus der sofortigen Vollstreckung ... ein irreparabler Nachteil erwachsen kann" (Hahn, S. 376).
- 8) Baumbach-Lauterbach, § 572 1 B; Blomeyer, S. 588 sub II 2, S. 592 sub 4; Furtner, S. 109; Schöнке-Schröder-Niese, S. 412; Wieczorek § 572 A I a; ebenso die ältere Literatur, z. B. Sydow-Busch, § 572 2; Weismann, S. 453 sub 2.

der SE des § 572 I ZPO in der Hemmung der Vollstreckbarkeit besteht⁹⁾, in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.

3. Damit bleibt aus dem Katalog des § 572 I ZPO nur der Beschluß nach § 678 ZPO übrig. Er hat die Wiederaufhebung der Entmündigung zum Gegenstand, ist also auf einen materiellen Rechtserfolg gerichtet¹⁰⁾, den er unmittelbar verwirklicht, ohne insoweit der besonderen Vollziehung zu bedürfen. Er ist rechtsgestaltender Natur¹¹⁾.

Doch für die vergleichende Betrachtung fehlt es an der zweiten Voraussetzung. Anders als bei den rechtsgestaltenden VAnen tritt die Gestaltungswirkung des Beschlusses nach § 678 ZPO unstreitig erst mit Unanfechtbarkeit ein^{12/13)}. Dann kann aber der SE des § 572 I ZPO die Rechtsgestaltung des Beschlusses nicht unmittelbar aufschieben, da sie noch nicht eingetreten ist. Und auch die Hemmung der Vollstreckung - i. S. der Suspension der belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung - scheidet aus. Denn Folgerungen aus der Rechtsgestaltung vor Eintritt der Gestaltung sind denkgesetzlich ausgeschlossen. Deshalb ist anzunehmen, daß der SE des § 572 I ZPO bei Anfechtung eines Beschlusses nach § 678 ZPO die Hemmung der formellen Rechtskraft zum Inhalt hat¹⁴⁾. Diese Annahme, zu der

9) § 794 Ziff. 3 ZPO läßt die Vollstreckung ohne Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu aus Entscheidungen, die mit der Beschwerde anfechtbar sind, also aus Beschlüssen; diesen Grundsatz schränkt § 572 I ZPO für die Zeit nach der Anfechtung für die Ausnahmefälle der enumerierten Beschlüsse ein und hemmt insoweit ihre Vollstreckbarkeit.

10) Wiederherstellung der Geschäftsfähigkeit.

11) Karsten, S. 79 Anm. 1; vgl. oben S. 24.

12) Eine Begründung geben nur Skonietzki-Gelpcke (§ 678 Anm. 8) und Wieczorek (§ 678 B II). Sie berufen sich auf § 572 I ZPO. Das ist nicht zwingend: § 80 I 2 VwGO zeigt, daß ein rechtsgestaltender Staatsakt mit Bekanntgabe wirksam und doch mit SE anfechtbar sein kann. Aus der Regelung des SEs läßt sich daher nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Gestaltungswirkung schließen.

13) Analog §§ 679 IV, 672 S. 2 ZPO; ferner arg. § 678 III ZPO.

14) Also ist § 678 ZPO ein Fremdkörper im Katalog des § 572 I ZPO. Im ZPO-Entwurf des Reichsjustizministeriums von 1931 war die Aufhebung der Entmündigung auch nicht mehr in § 572 I ZPO enthalten; vielmehr sollte bei der sofortigen Beschwerde gesagt werden, daß der Beschluß erst mit Rechtskraft wirksam wird (Entwurf S. 122 f) und zwar "aus Zweckmäßigkeitsgründen" (Amtl. Begründung S. 370).

die Literatur schweigt¹⁵⁾, wird durch die Entstehungsgeschichte der §§ 572, 678 ZPO bestätigt¹⁶⁾. Damit scheidet auch der Beschluß nach § 678 ZPO für die vergleichende Betrachtung aus.

4. Es ist festzustellen, daß § 572 I ZPO keinen rechtsgestaltenden Beschluß enumeriert, der seine Gestaltungswirkung bereits mit Zustellung vorläufig entfaltet, mit aufschiebender Wirkung anfechtbar ist und aus dessen Rechtsgestaltung Folgerungen gezogen werden können, die den Adressaten belasten. Insoweit trägt also die vergleichende Betrachtung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde der ZPO nicht zur Klärung der verwaltungsprozessualen Streitfrage bei.

III.

Den Ausgleich für das Enumerationsprinzip des § 572 I ZPO enthält § 572 II ZPO: das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, kann anordnen, daß die Vollziehung auszusetzen ist. Mit der Anordnung der Aussetzung der Vollziehung stellt das Gericht für die in § 572 I ZPO nicht aufgezählten Fälle den Zustand her, den der SE in den enumerierten Fällen ipso iure bewirkt¹⁷⁾. Deshalb bestehen keine Bedenken, die Anordnung der Aussetzung der Vollziehung in die vergleichende Betrachtung einzubeziehen. Diese Anordnung ist eine durch Richterspruch angeordnete Suspension.

15) Bei § 572 begnügt man sich mit dem Hinweis, daß die Aufhebung der Entmündigung zu den Ausnahmen des § 572 I ZPO gehöre (Baumbach-Lauterbach, § 572 1 A e; Blomeyer, S. 592 sub 4; Stein-Jonas, § 572 I; Wieczorek, § 572 A I a 4) und bei § 678 ZPO heißt es, daß der sofortigen Beschwerde SE zukomme (Baumbach-Lauterbach, § 678 1; Stein-Jonas, § 678 II 2; ebenso die ältere Literatur; z.B. v. Seuffert-Walsmann, § 678 2; Struckmann-Koch, § 678 2; Sydow-Busch, § 678 2).

16) Nach den Kommissionsbeschlüssen der 1. Lesung des ZPO-Entwurfs sollte das Amtsgericht unanfechtbar entscheiden (Hahn, S. 929 § aa II). Damit wäre die Aufhebung der Entmündigung sofort wirksam geworden. Dagegen äußerte von Kohlhaas bei der 2. Lesung des Entwurfs in der Zivilprozeßkommission Bedenken (Hahn, S. 1149 f): die Interessen des Entmündigten würden besser gewahrt, wenn der Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht gegen die amtsgerichtliche Aufhebung gegeben werde; nur eine (sc. selbstverständliche) Konsequenz hiervon bilde es, daß dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung eingeräumt werde.

17) Förster-Kann, § 572 4; Schöнке-Schröder-Niese, S. 412 sub V 2.

1. Es gibt in der ZPO rechtsgestaltende Beschlüsse, die bereits mit Zustellung und nicht erst mit formeller Rechtskraft ihre Gestaltungswirkung entfalten. So tritt die Entmündigung wegen Geisteskrankheit nach § 661 I ZPO bereits mit Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den sorgeberechtigten gesetzlichen Vertreter "in Wirksamkeit" und nach § 661 II ZPO wird die Entmündigung wegen Geistesschwäche mit Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten wirksam. Dasselbe gilt bei der Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht gemäß § 683 II 1 ZPO. Für die nach § 572 II ZPO angeordnete Suspension stellt sich - wie im Verwaltungsprozeß bei der Anfechtung der Beamtenentlassung - die Frage, ob die Suspension die materielle Gestaltungswirkung der Entmündigung aufschiebt oder ob sie lediglich die den Betroffenen belastenden gerichtlichen Folgerungen aus der Rechtsgestaltung hemmt, wie z.B. die Mitteilung der Entmündigung an das Vormundschaftsgericht¹⁸⁾, die Strafregister¹⁹⁾ und Kreispolizeibehörde²⁰⁾.

2. Die Literatur zu § 572 II ZPO nimmt zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung, sondern beschränkt sich auf die Aussage, daß die gerichtlich angeordnete Suspension in Gestalt der Aussetzung der Vollziehung wie die Aufhebung der Vollstreckbarkeit wirke²¹⁾, oder daß sie inhaltsgleich mit der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung sei²²⁾. Das aber heißt, daß man jedenfalls nicht den Aufschub der materiellen Gestaltungswirkung zum Inhalt der Suspension erklärt²³⁾. Denn zwischen Vollstreckbarkeit und Rechtsgestaltung wird im Zivilprozeß scharf unterschieden, was schon daran deutlich wird, daß die materielle Gestaltungswirkung des Zivilurteils regelmäßig erst mit Unanfechtbarkeit²⁴⁾, die Voll-

18) Nach § 50 FGG.

19) Nach § 9 Ziff. 2 StrafregisterVO vom 17.2.1934 (RGBl. I S. 140).

20) RJM vom 12.1.1943, DJ 44. 21) Wieczorek, § 572 B III.

22) Baumbach-Lauterbach, § 572 2 A; Freudenthal-Sauerländer, § 572 6; Sydow-Busch, § 572 3.

23) Auch das Beschwerdegericht kann die Gestaltungswirkung nicht aussetzen; a.M. Karsten (S. 80 f) unter Hinweis auf die gegenüber § 572 II ZPO erweiterte Befugnis des Beschwerdegerichts, nach § 572 III ZPO eine einstweilige AO zu erlassen; im Gegensatz zu Karsten die Lehre, die § 572 III ZPO zur analogen Anwendung der §§ 710 ff ZPO verwendet.

24) Baumbach-Lauterbach, Einführung zu den §§ 708 - 720 1 B; Bloemeyer, S. 496; Rosenberg, S. 898 sub I 2 c.

streckbarkeit dagegen vor Unanfechtbarkeit und trotz Anfechtung eintritt²⁵⁾. Die Zivilprozeßlehre löst also das zwischen VL und WL streitige Problem nicht durch Suspension der Rechtsgestaltung und damit nicht im Sinne der WL.

3. Ob allerdings mit der Wendung, die richterliche Anordnung wirke wie die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, zugleich gesagt sein soll, daß die Suspension die belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung aufschiebt, kann nur eine Untersuchung des zivilprozessualen Vollziehungs- oder Vollstreckungsbegriffs zeigen. Wenn die Untersuchung ergibt, daß die Zivilprozeßlehre die Folgerungen begrifflich zur Zwangsvollstreckung rechnet oder sie nach den Regeln der Zwangsvollstreckung behandelt, wird man annehmen dürfen, daß die Folgerungen von der Einstellung der Zwangsvollstreckung betroffen, d.h. für § 572 II ZPO: von der angeordneten Suspension aufgeschoben werden können.

4. Die Zivilprozeßlehre unterscheidet die Vollstreckung im engeren und weiteren Sinne²⁶⁾. Bettermann²⁷⁾ hat als Unterscheidungsmerkmal der beiden Vollstreckungsarten den Gegenstand der Vollstreckung nachgewiesen²⁸⁾.

a) Die zivilprozessuale Vollstreckung im engeren Sinne hat den materiellrechtlichen Anspruch zum Gegenstand. Sie ist Zwangsbefriedigung eines Anspruchs im Sinne des § 194 BGB mit staatlicher Hilfe²⁹⁾.

25) §§ 708 ff ZPO; vgl. Bettermann, MDR 1955 S. 734 sub 2.

26) Bettermann, Vollstreckung S. 28 ff; Gottschalk, S. 145 f; Hußnagel, S. 100; Stein-Jonas A II, III vor § 704; Wieczorek (IV) § 704 E I a 1.

27) a.a.O., S. 25 ff.

28) Gegenüber der Behauptung, nur bei der Vollstreckung im engeren, nicht bei der im weiteren Sinne werde Zwang durch ein besonderes Vollstreckungsorgan ausgeübt. Diese Kriterien hat Bettermann durch den Hinweis widerlegt, daß einerseits bei der Vollstreckung im engeren Sinne auch das Prozeßgericht - also kein besonderes Vollstreckungsorgan - vollstreckungsrechtliche Handlungen vornehmen muß (a.a.O., S. 29 f), und daß andererseits auch bei der Vollstreckung im weiteren Sinne Zwang geübt wird, nämlich dadurch, daß der Staat gegen den Willen des Betroffenen benachteiligende Rechtshandlungen vornimmt (a.a.O., S. 28 ff).

29) Bettermann, a.a.O., S. 25, 30.

Die belastenden Folgerungen aus Entmündigung oder Beamtenentlassung bilden keine derartige Zwangsbefriedigung. Selbst wenn man einen Anspruch des Staates auf Entlassung des Beamten und Entmündigung des Geisteskranken bejahen wollte, so wäre dieser Anspruch bereits im "Erkenntnisverfahren" durch den Verlust des Beamtenstatus und der Geschäftsfähigkeit befriedigt. Eine Befriedigung durch die Folgerungen wäre damit ausgeschlossen³⁰⁾.

b) Die Vollstreckung im weiteren Sinne wird praktisch bei Urteilen, die die ZPO für vorläufig vollstreckbar erklärt, obwohl sie keinem Anspruch die Vollstreckbarkeit verleihen, sondern der Anordnung, die sie enthalten³¹⁾. Vollstreckung im weiteren Sinne ist die Vollstreckung der Anordnungsurteile³²⁾. Dieser Vollstreckung entspricht die Vollziehung der befehlenden VAe: hier wie dort wird die in einem Staatsakt enthaltene Anordnung durch besondere staatliche Handlung zwangsweise durchgesetzt. Diese Vollstreckungsart gibt es weder bei dem rechtsgestaltenden Richterspruch der Entmündigung noch bei dem rechtsgestaltenden VA der Beamtenentlassung. Der materielle Rechtserfolg, auf den die rechtsgestaltenden Staatsakte abzielen, wird ohne besondere Handlung bereits durch Eintritt der Gestaltungswirkung verwirklicht. Die belastenden Folgerungen aber, die aus der Rechtsgestaltung gezogen werden können, sind in dem Staatsakt nicht angeordnet: in dem Entmündigungsbeschluß liegt nicht die Anordnung, dem Vormundschaftsgericht die Entmündigung mitzuteilen. In der Beamtenentlassung ist weder die Anordnung an die Besoldungskasse enthalten, die Bezüge einzubehalten oder zu kürzen, noch der Befehl an den Betroffenen, die Dienstwohnung zu räumen und die Dienstkleidung abzugeben. Deshalb finden die belastenden Folgerungen aus einem rechtsgestaltenden Richterspruch oder VA in der zivilprozessualen Vollstreckung im weiteren Sinne keine Parallele.

30) Der Vollstreckung im engeren Sinne entspricht mangels vergleichbarem Vollstreckungsgegenstand auch nicht die Vollziehung der befehlenden VAe. Nach traditioneller verwaltungsrechtlicher Auffassung ist der VA und kein staatlicher Anspruch gegen den Bürger Gegenstand der behördlichen Vollziehung; vgl. § 6 I VwVG, wonach der VA mit Zwangsmitteln durchgesetzt wird; anders aber § 1 I desselben Gesetzes.

31) Bettermann, Vollstreckung, S. 30; vgl. Stein-Jonas, A III 1 vor § 704 und Furtner, S. 68 f.

32) z.B. §§ 708 Ziff. 5, 775 Ziff. 1 und 2, 668, 895 Satz 2 ZPO.

c) Neben der Vollstreckung im engeren und weiteren Sinne kennt die Zivilprozeßlehre noch die Entscheidungsverwertung³³⁾. Von ihr spricht man, wenn auf Grund einer richterlichen Entscheidung Eintragungen in öffentliche Bücher vorgenommen werden können oder müssen, ohne daß die Entscheidung die Eintragung anordnet und ohne daß die Eintragung Zwangsbefriedigung eines Anspruchs ist^{34/35)}; mit der Eintragung wird die Entscheidung verwertet. Das Gesetz rechnet diese Eintragungen offenbar noch zu den Vollstreckungswirkungen, indem es häufig für die Eintragungen genügen läßt, daß die Entscheidung vorläufig vollstreckbar ist³⁴⁾. Deshalb darf die Eintragung nicht mehr erfolgen, wenn die Zwangsvollstreckung eingestellt wird, denn dann ist die Entscheidung nicht mehr vollstreckbar. Das aber bedeutet, daß die Entscheidungsverwertung nach den Regeln der Zwangsvollstreckung behandelt, d.h. von der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung erfaßt wird.³⁶⁾

Damit stellt sich die für die vergleichende Betrachtung entscheidende Frage, ob sich die Folgerungen aus Entmündigungsbeschluß und Beamtenentlassung zur Entscheidungsverwertung in Parallele setzen lassen. Man wird nicht fehlgehen, wenn man das bejaht. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Eintragung in öffentliche Bücher und die Mitteilung an Vormundschaftsgericht, Strafregister- und Kreispolizeibehörde den Betroffenen weniger belasten als etwa die Einbehaltung der Bezüge. Aber diese Überlegung zeigt nur, daß es bei den Folgerungen aus der Rechtsgestaltung gegenüber der Entscheidungsverwertung ein plus an Belastung geben kann. In den beiden wesent-

33) Bettermann, Vollstreckung, S. 31 sub 4; Gottschalk, S. 148; Stein-Jonas A III 2 vor § 704; Wieczorek (IV) § 704 E I a 1; dagegen unterscheiden z.B. Hubernagel (S. 105 f) und Rosenberg (S. 880 sub 3) nicht die Vollstreckung im weiteren Sinne von der Verwertung.

34) Bettermann, a.a.O.; Stein-Jonas, a.a.O.

35) z.B. § 14 Ziff. 2 - 4 PersonenstandsG i.d.F. vom 8.8.1957 (BGBl. I S. 1126); § 146 VII KO; § 16 I 2, II HGH; § 25 GBO; ebenso der durch VO vom 12.12.1940 aufgehobene § 103 FGG. Die von Wieczorek, a.a.O., außerdem genannten §§ 775 I Ziff. 4, 1233 II BGB, 371 III HGB behandeln Fälle der Anspruchsbefriedigung.

36) So wohl Hubernagel, S. 106 f und Wieczorek (IV) § 707 C I c 1 mit § 708 A I; a.M. Rosenberg S. 880 sub 3. Stein-Jonas, § 707 I, erwähnen bei § 707 ZPO nur die Vollstreckung im weiteren Sinne.

lichen Punkten decken sich aber die Entscheidungsverwertung und die Folgerungen aus der Rechtsgestaltung. Einmal knüpfen beide Gruppen tatbestandlich an den vorangegangenen Staatsakt an: ohne Entscheidung keine Entscheidungsverwertung, ohne Rechtsgestaltung keine Folgerungen aus dieser. Zum anderen enthalten beide Gruppen stattdliche Zwangsmaßnahmen gegen den Betroffenen: es sind Rechtshandlungen, die der Staat gegen den Willen des Betroffenen vornimmt und die den Betroffenen benachteiligen³⁷⁾.

Lassen sich hiernach die belastenden Folgerungen aus der Rechtsgestaltung der Entscheidungsverwertung an die Seite stellen, so wird man sie bei der Zwangsvollstreckung gleichen Regeln unterwerfen dürfen wie die Verwertung. Das aber heißt, daß die Folgerungen aus der Rechtsgestaltung von der Einstellung der Zwangsvollstreckung erfaßt und damit von der richterlich angeordneten Suspension des § 572 II ZPO aufgeschoben werden³⁸⁾.

5. Als Ergebnis ist festzustellen, daß die belastenden Folgerungen aus einem rechtsgestaltenden Beschluß wie der Entmündigung nicht zur zivilprozessualen Vollstreckung im engeren oder weiteren Sinne gehören. Sie finden ihre Parallele in der sogenannten Entscheidungsverwertung. Da diese nach den Regeln der Zwangsvollstreckung behandelt wird, hat gleiches für die belastenden Folgerungen aus einem rechtsgestaltenden Beschluß zu gelten. Die ZPO löst also das im Verwaltungsprozeßrecht zwischen VL und WL umstrittene Problem. durch Anwendung der Vollstreckungsregeln auf die Folgerungen aus der materiellen Rechtsgestaltung und damit im Sinne der VL. Die Behauptung der WL, der SE müsse bei einem rechtsgestaltenden VA in der Hemmung der Wirksamkeit bestehen³⁹⁾, läßt sich deshalb von der ZPO her nicht stützen.

37) vgl. Bettermann, Vollstreckung, S. 30 sub 3.

38) vgl. oben S. 57 f.

39) vgl. oben S. 51.

T E I L II

Die Untersuchung hat bisher weder gegen die VL noch gegen die WL zwingende Argumente aufgezeigt. Entscheidend ist daher die Bewährung in der Praxis. Da sich die WL besonders auf die rechtsgestaltenden VAe stützt¹⁾, soll der SE bei drei rechtsgestaltenden VAen untersucht werden.

Bei der praktischen Anwendung der WL gebrauche ich deren Terminologie und spreche von, der Hemmung der Wirksamkeit, der behördlichen Anordnung der sofortigen Wirksamkeit und der gerichtlichen Aussetzung der Wirksamkeit des angefochtenen VAs²⁾. Entsprechend verfare ich bei der VL, spreche also von der Hemmung der Vollziehbarkeit, der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung und der gerichtlichen Aussetzung der sofortigen Vollziehung.

6. K a p i t e l

Die Anfechtung der Beamtenentlassung

I.

Es sei mit dem Fall begonnen, an dem sich die Diskussion über den SE entzündete³⁾: der Entlassung eines Beamten auf Probe. Erklärt die zuständige Behörde⁴⁾ die Entlassung des Beamten wegen mangelnder Bewährung nach § 31 I Nr. 2 Bundesbeamtengesetz (BBG)⁵⁾,

1) vgl. oben S. 51 Anm. 1.

2) Die Vertreter der WL beziehen die einzelnen Stufen des vorläufigen Rechtsschutzes einheitlich auf die Wirksamkeit; vgl. Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 4, 7, 31, 32; Scholz, S. 160; Siegmund-Schultze, S. 753.

3) Einerseits OLG Düsseldorf, DV 1949 S. 593 (594), andererseits OVG Hamburg, DVBl. 1950 S. 250.

4) z.B. §§ 33, 10 I BBG. 5) I.d.F. vom 18.9.1957 (BGBl. I S. 1338).

so verliert der Beamte mit Ablauf des Monats, der auf die schriftliche Mitteilung der Entlassungsverfügung folgt, seinen beamtenrechtlichen Status⁶⁾. Legt er Widerspruch ein, dann tritt nach § 80 I⁷⁾ die aufschiebende Wirkung ein.

1. Der SE bedeutet nach der VL einerseits, daß der Dienstherr ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung aus der Entlassung keine Folgerungen ziehen darf. Er muß also zunächst die Bezüge weiterzahlen, die Fortführung der Dienstgeschäfte durch den Beamten dulden, darf die Abgabe der Dienstkleidung und die Räumung der Dienstwohnung nicht erzwingen⁸⁾. Denn diese Maßnahmen sind Folgerungen aus der Entlassungsverfügung und damit suspendierte Akte der Vollziehung. Andererseits bedeutet das nach der VL, daß der Entlassene durch die aufschiebende Wirkung seinen Beamtenstatus nicht zurückerhält, da der SE die Wirksamkeit der Entlassungsverfügung unberührt läßt⁹⁾.

Nach der WL beseitigt der SE vorläufig die Wirksamkeit der Entlassungsverfügung, der Betroffene ist daher so zu behandeln, als wäre seine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis noch nicht ausgesprochen¹⁰⁾. Sein Beamtenverhältnis ist einstweilen als fortbestehend anzusehen¹¹⁾. Der SE beseitigt also auch den "reinen Rechtsnachteil" des Verlustes des Beamtenstatus und damit zugleich die Grundlage für alle Folgerungen daraus. Die WL erzielt insoweit die gleichen Ergebnisse wie die VL, als der Dienstherr ohne Anordnung der sofortigen Wirksamkeit keine Folgerungen aus seinem VA herleiten darf. Die WL erreicht diese Ergebnisse auf einem konstruktiv von dem der VL abweichenden Wege: ihr SE schiebt unmittelbar die Wirksamkeit der Verfügung und nur mittelbar durch die Suspension des "Titels" auch die Vollziehungsakte auf. Der SE der VL dagegen schiebt unmittelbar die Vollziehungsakte aus der angefochtenen Entlassungsverfügung auf und läßt deren Wirksamkeit unberührt.

6) § 33 BBG, soweit nicht § 31 III BBG eingreift.

7) In Verbindung mit § 172 BBG, § 126 I und III Beamtenrechtsrahmengesetz vom 1.7.1957 (BGBl. I S. 667).

8) Koehler, § 80 A III 3 a. 9) Koehler, a.a.O.

10) Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 4.

11) Ule, § 80 I 3.

2. Das hat das BVerwG¹²⁾ erkannt und gebilligt, da es zur Begründung der VL ausführt, der entlassene Beamte dürfe es nicht in der Hand haben, den vorläufigen Fortbestand seines Beamtenverhältnisses bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens zu erreichen. Unvereinbar damit ist aber die weitere Aussage des BVerwG, die aufschiebende Wirkung solle verhindern, daß der Betroffene "für die Dauer des Schwebezustandes, währenddessen Ungewißheit über den Erfolg der Anfechtung besteht, wesentliche Nachteile rechtlicher¹³⁾ oder tatsächlicher Art hinnehmen muß"¹⁴⁾. Entweder muß der Betroffene den Rechtsnachteil trotz des SE vorläufig hinnehmen, oder der SE verhindert ihn. Der Ausweg, den Verlust des Beamtenstatus nicht als wesentlichen Rechtsnachteil anzusehen, ist nicht gangbar. Welcher Rechtsnachteil ist überhaupt noch wesentlich, wenn nicht ein vorläufiger Statusverlust! Man kann das BVerwG auch nicht dahin verstehen, daß nur neue rechtliche Nachteile als Folgerungen aus der Entlassung ausgeschlossen sein sollen. Denn es ist nicht einzusehen, warum der Rechtsnachteil des Verlustes des Beamtenstatus hinzunehmen ist, während daraus abgeleitete Rechtsnachteile suspendiert sein sollen. Läßt sich also vom Boden der VL aus die Formulierung des BVerwG, der SE solle verhindern, daß der Betroffene während des Schwebezustandes wesentliche Nachteile rechtlicher Art hinnehmen muß, nicht halten, so wird man die Formulierung insoweit nur als sprachliche Ungenauigkeit erklären können.

3. Der Konstruktionsunterschied zwischen WL und VL wirkt sich aus, wenn man die Rechtslage von der jeweiligen verfahrensmäßigen Gegenwart aus betrachtet.

a) Da der Rechtsbehelf nach der WL vorläufig die Wirksamkeit der Entlassungsverfügung suspendiert, bleibt der Betroffene zunächst Beamter¹⁵⁾. Die Folgen für den Zeitraum zwischen Widerspruch und Anordnung der sofortigen Wirksamkeit¹⁶⁾ leuchten ein: ein Beamter

12) AS 13 S. 1 (8).

13) Unterstreichungen durch den Verfasser.

14) BVerwG, a.a.O., S. 6.

15) Leusser-Gerner, Art. 42 6; Plog-Wiedow, § 33 RdNr. 8; Schröder, S. 73 sub I; Ule, § 80 I 3.

16) bzw. der Rechtskraft des Widerspruchsbescheides oder des Urteils, wenn die Behörde keine WirksamkeitsAO erläßt.

wird als Beamter behandelt. Damit ist auch der klare Aufbau der weiteren Stufen des § 80 gesichert: ordnet die Behörde a quo die sofortige Wirksamkeit der Entlassungsverfügung an und setzen die Behörde ad quem oder das Gericht die Wirksamkeit aus, dann ist der Entlassene bis zur Rechtskraft des Urteils Beamter. Daraus folgt, daß er in diesem Zeitraum als Beamter behandelt werden darf und muß.

b) Die Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes auf die belastenden tatsächlichen Folgerungen aus der Entlassungsverfügung zwingen die VL zu Ungereimtheiten. Sie muß den Entlassenen, den Nichtbeamten, im Zeitraum zwischen Widerspruch und Anordnung der sofortigen Vollziehung als Beamten behandeln. Denn obwohl seine Entlassung wirksam ist, dürfen die typischen Folgerungen daraus ohne besondere Anordnung nicht gezogen werden. An einen Nichtbeamten werden also Beamtenbezüge gezahlt, ein Nichtbeamter muß zur Aufrechterhaltung des inneren Dienstbetriebes der Dienstgewalt unterworfen werden, ein Nichtbeamter bleibt nebenamtlich im Vorstand, Aufsichts- oder Verwaltungsrat von Gesellschaften, obwohl diese Nebenämter grundsätzlich vom Bestehen seines Beamtenverhältnisses abhängig sind¹⁷⁾, kurz, ein Nichtbeamter wird nach Beamtenrecht behandelt. Und dazu ist der Dienstherr nicht nur vorläufig verpflichtet, sondern der Nichtbeamte hat einen Anspruch darauf. Ein Nichtbeamter hat vorläufig Beamtenrechte!

Diese Ungereimtheiten, die Quaritsch "dogmatische Merkwürdigkeiten" nennt¹⁸⁾, kann die VL nicht dadurch vermeiden, daß sie für sofortige Vollziehung der Entlassung in weitestem Umfang eintritt. Denn die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr.4 muß durch ein besonderes öffentliches Interesse geboten sein¹⁹⁾, das sicher nicht im Streben nach rechtlicher Klarheit gesehen werden kann. Damit ist nach der VL auch kein klarer Aufbau der weiteren Stufen des § 80 möglich: ordnet die Behörde a quo die sofortige Vollziehung der Entlassungsverfügung an und setzen die Behörde ad quem oder das Gericht die Vollziehung aus, dann ist der Kläger bis zur Rechtskraft des Urteils kein Beamter. Es widerspricht der

17) § 68 BBG.

18) Diss. S. 159.

19) § 80 III 1; vgl. dazu Spick, S. 65.

Rechtsklarheit, wenn die VL ihn in diesem Zeitraum trotzdem nach Beamtenrecht behandelt.

c) Man könnte annehmen, daß die VL dem Beamten, der während des Anfechtungsprozesses ein Beamtenverhältnis nach den §§ 331 ff Strafgesetzbuch (StGB)²⁰⁾ begeht, Straflosigkeit verschafft. Denn nach der VL ist das Beamtenverhältnis trotz der Anfechtung beendet, so daß der Täter kein Beamter mehr ist. Doch für den Beamtenbegriff des § 359 StGB, der die Beamteneigenschaft der §§ 331 ff StGB regelt, kommt es nicht darauf an, daß der Täter Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist, sondern vielmehr auf die tatsächliche Amtsausübung²¹⁾. Die Amtsausübung ist aber auch bei dem Täter gegeben, der nach der VL bei Verwirklichung des Straftatbestandes nicht mehr Beamter im staatsrechtlichen Sinne ist. Die VL verschafft also dem Täter keine Straffreiheit.

Die VL hat auch keinen Verstoß gegen die wahlrechtlichen Bestimmungen des Bundes über die Inkompatibilität zur Folge. Ein Verstoß läge vor, wenn der Betroffene nach der VL trotz Amtsausübung Mandatsträger sein könnte. § 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung der in den Deutschen Bundestag gewählten Angehörigen des öffentlichen Dienstes²²⁾ sieht vor, daß ein Beamter mit dem Tag der Annahme der Wahl in den Ruhestand tritt. § 5 I dieses Gesetzes erklärt § 1 auf Angestellte des öffentlichen Dienstes für sinngemäß anwendbar. Der betroffene Mandatsträger ist nach der VL während des Anfechtungsprozesses kein Beamter mehr und deshalb - wenn nicht als Arbeiter, was unschädlich wäre²³⁾ - als Angestellter des öffentlichen Dienstes anzusehen, da es keine weitere Rechtsstellung im öffentlichen Dienst gibt. Er tritt daher mit Annahme der Wahl nach den §§ 1, 5 I des Gesetzes in den Ruhestand, so daß es bei Zugrundelegung der VL zu keiner Personalunion zwischen Exekutivamt und Abgeordnetenmandat kommt.

20) vom 15.5.1871 (RGBl. 127).

21) Schönke-Schröder, Vorbem. III vor § 331 u. § 359 RdNr. 6.

22) vom 4.8.1953 (BGBl. I S. 1275).

23) Es soll nur eine Personalunion unterbunden werden, die für die Gewaltenteilung gefährlich werden könnte, was bei Arbeitern wegen der ihnen fehlenden Entscheidungsbefugnisse wohl generell verneint werden muß: Maunz-Dürig, Art. 137 RdNr. 5.

4. Auch bei Betrachtung vom rechtskräftigen, klagabweisenden²⁴⁾ Anfechtungsurteil wirkt sich der Konstruktionsunterschied zwischen WL und VL aus. Die Rechtslage stellt sich dann folgendermaßen dar:

a) Hat die Behörde den Kläger mit Rücksicht auf die Ungewißheit des Prozeßausgangs über den in der Entlassungsverfügung genannten Zeitpunkt hinaus in seinem Amt belassen, und hat der Kläger später den Anfechtungsprozeß verloren, dann offenbaren sich Ungereimtheiten der WL. Das rechtskräftige, klagabweisende Urteil läßt die Entlassungsverfügung ex tunc wirksam werden²⁵⁾ und damit stellt sich nachträglich heraus, daß ein Nichtbeamter nach Beamtenrecht behandelt worden ist.

b) Die WL kann diese Ungereimtheit nicht dadurch vermeiden, daß sie für eine ex-nunc-Wirkung des klagabweisenden Anfechtungsurteils eintritt²⁶⁾. Denn gegen die ex-nunc-Wirkung des Urteils spricht die Natur des SEs als Institut des vorläufigen Rechtsschutzes. Der SE soll nur vorläufigen Rechtsschutz gewähren, der wieder entfällt, wenn der Kläger den Prozess verliert²⁷⁾. Das aber wäre bei ex-nunc-Wirkung des klagabweisenden Anfechtungsurteils nicht der Fall, bliebe dann doch der vom SE in der Vergangenheit gewährte Rechtsschutz bestehen.

Die ex-nunc-Wirkung des Urteils wäre ferner mit der kassatorischen Natur der Anfechtungsklage unvereinbar. Diese besteht darin, daß das Verwaltungsgericht den angefochtenen VA entweder zu bestätigen oder aufzuheben hat, aber selbst keinen neuen VA erlassen darf²⁸⁾.

24) Obsiegt der Kläger, dann beseitigt das ex tunc wirkende Urteil die aufgetretenen Ungereimtheiten.

25) BVerwG - DÖV 1962 S. 795 (796). Bettermann, JZ 1960 S. 545; Hefele-Schmidt, Art. 44 5; Konstruktion: der angefochtene VA ist analog § 158 II BGB auflösend bedingt unwirksam, wobei die auflösende Bedingung im klagabweisenden Urteil liegt.

26) Beim Aufhebungsurteil nehmen Eichhorn (S. 160) und v. Turegg-Kraus (S. 140) neuerdings eine ex-nunc-Wirkung an. Ihre Berufung auf Bachof, S. 113, trifft nur scheinbar zu.

27) vgl. oben S. 15; das übersieht Kretschmer, S. 108 f, in seiner Polemik gegen die WL.

28) Menger (System) S. 167; Ule, § 42 I 2; vgl. auch Bettermann, Gedächtnisschrift S. 384.

Bei ex-nunc-Wirkung des Urteils würde das Gericht einen neuen, von dem der behördlichen Verfügung²⁹⁾ abweichenden Entlassungszeitpunkt festsetzen. Damit aber würde es eine neue Entlassungsverfügung erlassen³⁰⁾, weil die Zeitbestimmung notwendiger Bestandteil der behördlichen Verfügung gewesen ist.

Man wird auch nicht annehmen können, daß die behördliche Verfügung für den Fall ihrer Anfechtung stillschweigend den Zeitpunkt der Urteilsrechtskraft als Entlassungsdatum enthält. Diese Konstruktion scheitert an dem Grundsatz, daß ein VA inhaltlich hinreichend bestimmt sein muß³¹⁾, und an § 33 BBG, wonach die Entlassung mit Zustimmung der Verfügung oder am Monatsende eintritt. Ebenso wenig scheint es vertretbar, daß der behördlich verfügte Entlassungszeitpunkt eine "Hinausschiebung kraft Prozeßrecht" in sich trägt. Dann könnte nämlich jeder entlassene Beamte durch Anfechtung der Entlassung die Verlängerung seines Beamtenverhältnisses bis zur Urteilsrechtskraft erreichen und das wäre eine unwiderstehliche Versuchung zu unbegründeter Anfechtung, weil die Beamtenbezüge die Prozeßkosten sehr bald übersteigen.

c) Beschäftigt der Dienstherr den Betroffenen über den in der Verfügung genannten Zeitpunkt der Entlassung hinaus und verliert der Betroffene den Anfechtungsprozeß, dann hat der Dienstherr bei Betrachtung ex post auch nach der VL einen Nichtbeamten nach Beamtenrecht behandelt. Aber das sind keine neuen Ungereimtheiten. Vielmehr stellt sich nachträglich lediglich heraus, daß die vorläufigen³²⁾ Ungereimtheiten der VL endgültige geworden sind: nach der Anfechtung und während der Belassung im Amt war der Betroffene für die Betrachtung ex nunc kein Beamter und wurde trotzdem nach Beamtenrecht behandelt, was ich als Ungereimtheiten der VL gekennzeichnet

29) Diese enthält immer einen Entlassungszeitpunkt: entweder ausdrücklich oder durch § 33 BBG.

30) Und zugleich die behördliche Verfügung konkludent aufheben, obwohl der Kläger darauf keinen Anspruch hat.

31) § 29 I EVwVerfG; Amtl. Begründung zu § 29 I, S. 140.

32) Der Kläger konnte den Prozeß noch gewinnen, womit er von Anfang an Beamter geblieben und die Ungereimtheit ex tunc entfallen wäre.

net habe³³⁾. Die Klagabweisung hat nun lediglich ergeben, daß der betroffene damals bereits endgültig entlassen, also Nichtbeamter war.

II.

1. Bei Anfechtung der Entlassungsverfügung durch einen Beamten stellt sich die Frage, ob der Dienstherr den SE stets uneingeschränkt beseitigen muß, oder ob er eine partielle Anordnung nach § 80 II Nr. 4 erlassen kann, etwa dergestalt, daß er den Betroffenen zwar aus dem Dienst entfernt, die Bezüge aber nur teilweise einbehält.

Für diese partielle Anordnung besteht ein Bedürfnis, weil der Dienstherr aus dem Gesichtspunkt der Fürsorge in der Lage sein muß, dem entlassenen Beamten während des Prozesses die zum Lebensunterhalt notwendigen Bezüge weiterzuzahlen. Obwohl § 80 diese Anordnung nicht behandelt, ist sie zulässig³⁴⁾. Wenn das Gericht die aufschiebende Wirkung auch teilweise wiederherstellen darf (§ 80 V 1), dann ist kein Grund ersichtlich, der Verwaltungsbehörde insoweit nicht die entsprechende Befugnis einzuräumen, die aufschiebende Wirkung teilweise zu beseitigen³⁵⁾. Außerdem ist die partielle Anordnung zulässig a maiore ad minus: wenn die Behörde die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 II Nr. 4 ganz beseitigen kann, dann erst recht teilweise.

2. Für die VL enthält die partielle Anordnung der sofortigen Vollziehung keine Schwierigkeiten. Da die Entfernung aus dem Dienst und die Einbehaltung der Bezüge Akte der Vollziehung der Entlassungsverfügung sind, bestehen keine Bedenken, die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf die Untersagung der Dienstausübung und auf den ein-

33) vgl. oben S. 64.

34) OVG Hamburg - DVBl. 1963 S. 931; De Clerck, NJW 1961 S. 2235 sub 2d; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 27; Koehler, § 80 B IV e cc; Löwer, DÖV 1963 S. 175 sub VI; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 14; Schunck-De Clerck, § 80 3 d ff; Spick, S. 71; Ule, § 80 I 3 (S. 277), Prozeßrecht S. 220.

35) Ule, a.a.O.; Klinger, § 80 C 4 b.

zubehaltenden Teil der Bezüge zu beschränken und anzunehmen, daß der Dienstherr die Entlassungsverfügung nur insoweit vollzieht.

3. Die WL dagegen stößt hier auf Schwierigkeiten. Zwar bejahen auch ihre Anhänger die partielle Anordnung nach § 80 II Nr. 4, aber sie sagen nicht, wie diese Anordnung zu konstruieren ist³⁶⁾.

Nach der WL wird die Entlassungsverfügung durch die Einlegung des Rechtsbehelfs vorläufig uneingeschränkt unwirksam. Ordnet der Dienstherr partiell die sofortige Wirksamkeit an, dann bezieht sich diese Anordnung auf die Wiederherstellung der Wirksamkeit der Entlassungsverfügung und nicht auf die teilweise Einbehaltung der Bezüge, worauf es dem Dienstherrn aber gerade ankommt. Denn die behördliche Anordnung ist das Korrelat zur aufschiebenden Wirkung³⁷⁾ und diese besteht nach der WL in der Hemmung der Wirksamkeit der Entlassungsverfügung und nur mittelbar in der Hemmung der Einbehaltung der Bezüge³⁸⁾.

Allerdings könnte man gedanklich den Inhalt der Entlassungsverfügung in einzelne Wirkungen aufspalten, unter anderem in die Wirkung, daß die Entlassungsverfügung den Besoldungsanspruch des Beamten vernichtet. Die partielle Wirksamkeitsanordnung mit dem Ziel der teilweisen Einbehaltung der Bezüge könnte dann dahin ausgelegt werden, daß die Anordnung einen Teil der Wirkung der Entlassungsverfügung, die den Besoldungsanspruch des Beamten beseitigt hatte, wieder wirksam werden läßt. Damit bezöge sich die partielle Wirksamkeitsanordnung des Dienstherrn unmittelbar auf die teilweise Einbehaltung der Bezüge und nicht mehr schlechthin auf die Wiederherstellung der Wirksamkeit der Entlassungsverfügung.

Doch bei dieser Betrachtungsweise häufen sich die Schwierigkeiten. Denn es wird schwerfallen, die Entlassungsverfügung in alle die Wirkungen aufzuspalten, die die VL zu den Akten der Vollziehung rechnet. Etwas anderes ist die Zerlegung der Entlassungsverfügung

36) Spick, S. 71; Ule, § 80 I 3, Prozeßrecht, S. 220; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 27; Eichhorn, S. 83 f, geht hier zur VL über.

37) Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 30.

38) vgl. oben S. 62.

in ihre Wirkungen nämlich nicht. Selbst wenn die Zerlegung aber gedanklich möglich sein sollte³⁹⁾, so steht doch soviel fest: bei der partiellen Wirksamkeitsanordnung stößt die WL auf Schwierigkeiten, die nur durch eine recht gewaltsame Auslegung der Entlassungsverfügung zu meistern sind. Man wird deshalb nicht bestreiten können, daß der VL bei der partiellen Anordnung nach § 80 II Nr. 4 der Vorzug zu geben ist.

III.

Die Diskussion hat bisher die Praktikabilität des SEs nach WL und VL einseitig danach beurteilt, ob der SE seine Aufgabe als "Defensivinstrument des Rechtsschutzes"⁴⁰⁾ umfassend erfüllt. Hierbei wählte man die Beamtenentlassung zum Testfall und auf diesen hat die VL ihren erweiterten Vollziehungsbegriff zugeschnitten⁴¹⁾. Bisher kaum erörtert⁴²⁾ sind dagegen VL und WL, soweit es sich um Maßnahmen des Dienstherrn handelt, die keine belastenden Folgerungen aus der Entlassungsverfügung zum Gegenstand haben, sondern die lediglich das Dienstverhältnis des Betroffenen bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils regeln. Derartige Maßnahmen können und müssen ergehen, wenn und solange der Dienstherr den Betroffenen über den in der Entlassungsverfügung genannten Zeitpunkt hinaus im Amt beläßt.

1. Es liegt auf der Hand, daß der Dienstherr keine tiefgreifenden Neuerungen mehr verfügen wird. Da er die Entlassung ausgesprochen hat, ist er der Ansicht, den Anfechtungsprozeß zu gewinnen, so daß es für ihn nur noch darum geht, den Kläger bis zur Rechtskraft des Urteils unvoreingenommen aber doch nutzbringend einzusetzen. Er wird also i.d.R. nur unbedeutende "interne" Maßnahmen⁴³⁾ treffen.

39) Was zu bezweifeln sein dürfte. Man denke etwa an den Befehl, die Dienstkleidung abzugeben. Er läßt sich nicht als "Wirkung" in die Entlassungsverfügung hineindenken. Und wie ist es, wenn der Befehl erst nach zeitweiliger Belassung im Amt ergeht?

40) Quaritsch, Diss. S. 176. 41) Quaritsch, a.a.O. S. 75.

42) Ein Ansatz ist bei Helmling, S. 67, und Kayser, DÖV 1954 S.437, vorhanden.

43) Sodaß keine VAe, sondern sogenannte innerdienstliche Weisungen sein werden, die für die Untersuchung unergiebig sind.

Daran mag es liegen, daß dieser Aspekt des SEs bisher nicht diskutiert worden ist. Denkbar ist aber, daß sich während des Anfechtungsprozesses ein dringendes dienstliches Bedürfnis ergibt, den Kläger für kurze Zeit zu einer anderen Dienststelle abzuordnen, oder daß der Kläger die Genehmigung einer Nebentätigkeit beantragt und der Dienstherr den Antrag aus objektiven Gründen negativ bescheiden will.

In beiden Fällen steht der Dienstherr vor der Frage, ob er den Kläger als Beamten oder als Angestellten oder Arbeiter im öffentlichen Dienst zu behandeln hat. Diese Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Zwar kann der Dienstherr nicht nur einen Beamten abordnen⁴⁴⁾ und ihm die Genehmigung für eine Nebentätigkeit verweigern⁴⁵⁾, sondern ebensogut beide Maßnahmen gegenüber einem Angestellten⁴⁶⁾ oder Arbeiter⁴⁷⁾ im öffentlichen Dienst⁴⁸⁾ verfügen. Doch ist nur beim Angestellten und Arbeiter, nicht dagegen beim Beamten, der Personalrat mitwirkungsberechtigt⁴⁹⁾. Da bei mangelnder Zustimmung des Personalrats die Maßnahme unwirksam ist⁵⁰⁾, muß sich der Dienstherr über das anzuwendende Recht Klarheit verschaffen. Und auch für den Betroffenen ist die Frage, ob die Maßnahme des Dienstherrn nach Beamten- oder Arbeitsrecht zu beurteilen ist, von erheblicher Bedeutung. Denn ist auf die Maßnahme beamtenrecht anzuwenden, dann muß der Betroffene beim Verwaltungsgericht Rechtsschutz suchen⁵¹⁾, anderenfalls aber beim Arbeitsgericht⁵²⁾.

44) z.B. nach § 27 BBG. 45) z.B. nach § 65 II BBG.

46) §§ 11, 12 BAT vom 23. Februar 1961.

47) §§ 9 VII, 13 MTL vom 14. Februar 1961.

48) Außerhalb des öffentlichen Dienstes ist der Arbeitgeber zu "Abordnungen" ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nicht berechtigt; so Böhm-Spiertz, § 12 1; Hueck-Nipperdey, S. 205 sub V.

49) § 70 I lit. b Nr. 3 und 6 Personalvertretungsgesetz vom 5. August 1955 (BGBl. I S. 477) (PersVertrG).

50) Ambrosius-Fischer, § 12 5; Scheuring-Steingen, § 9 7, § 13 3; ebenso wohl auch Böhm-Spiertz, § 12 8.

51) Nach den §§ 40 II 2 VwGO, 172 BBG, 126 I BRRG und den entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen.

52) Nach § 2 I Ziff. 2 Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953 (BGBl. I S. 1267) (ArbGG).

2. Folgt der Dienstherr der WL, dann hat er Beamtenrecht anzuwenden. Der Adressat ist vorläufig noch Beamter, weil sein Rechtsbehelf die Entlassungsverfügung in ihrer Wirksamkeit gehemmt hat. Der Dienstherr kann also von der Beteiligung des Personalrats absehen und Abordnung und Versagung der Genehmigung, beides belastende Vae⁵³⁾, auf die Ermächtigungsnormen der §§ 27 I, 65 II bBG stützen.

3. Folgt der Dienstherr der VL; dann ist die Entlassung vorläufig wirksam und der Betroffene kein Beamter mehr. Deshalb ist zunächst die Anwendung des Arbeitsrechts zu erwägen.

a) Gegen die Anwendung des Arbeitsrechts spricht die Zweigleisigkeit der dann für den Betroffenen geltenden materiellen Rechtsnormen⁵⁴⁾. Auf der einen Seite müßte er weiter nach Beamtenrecht behandelt werden. Insoweit nämlich, als es um die Repression der Folgerungen aus der Entlassungsverfügung ginge: an den Betroffenen müßten die beamtenbezüge weitergezahlt werden, ihm müßte seine Dienstkleidung und seine Dienstwohnung belassen werden. Auf der anderen Seite müßte der Betroffene nach Arbeitsrecht behandelt werden, wo es um neu zu regelnde Fragen ginge, die mit der Entlassungsverfügung nichts zu tun haben: bei der Abordnung und Verweigerung der Genehmigung der Nebentätigkeit wäre gemäß § 70 I lit.b Nr.3 und 6 PersVertrG der Personalrat zu beteiligen und bei einem neuen Entlassungsgrund wäre zu kündigen.

b) An diese materiell-rechtliche Zweigleisigkeit wäre die prozessuale geknüpft. Der Betroffene müßte sich gegen Vollziehungsakte aus der Entlassungsverfügung wie etwa die Anordnung der Zahlungseinstellung seitens des Dienstherrn durch einen Antrag an das Verwaltungsgericht wehren, gemäß § 80 V 3 die Aufhebung der Vollziehung anzuordnen. Die Abordnung und die Verweigerung der Genehmigung könnte er dagegen nicht mit Erfolg vor dem Verwaltungsgericht an-

53) Abordnung: Bochalli, § 27 3; Distel-Selge, § 27 1; Leusser-Gerner, Art. 33 6; Plog-Wiedow, § 27 RdNr. 34; Wolff II § 112 III 3 (S. 354) mit weiteren Nachweisen; a.A. Fischbach, § 172 II 3 a. Versagung der Genehmigung: Leusser-Gerner, Art. 75 5; Koehler, §. 42 A IV 3 k; Plog-Wiedow, § 65 RdNr. 16, § 172 RdNr. 10; a.A. Fischbach, a.a.O.

54) Problematisch ist auch die Natur des Arbeitsverhältnisses. Ist es ein vertragliches, faktisches oder gesetzliches?

fechten. Denn diese Willenserklärungen beruhen gegenüber Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst auf der arbeitsrechtlichen Direktionsgewalt des Dienstherrn⁵⁵⁾, sind also mangels öffentlich-rechtlicher Subordination keine VAe⁵⁶⁾. Insoweit könnte der Anfechtungskläger nur durch eine negative Feststellungsklage vor dem Arbeitsgericht⁵⁷⁾ Rechtsschutz erlangen⁵⁸⁾, wo er auch nach § 3 Kündigungsschutzgesetz⁵⁹⁾ Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung erheben müßte. Um diese materielle und prozessuale Zweigleisigkeit zu vermeiden, wird man bei Maßnahmen des Dienstherrn, die lediglich das Dienstverhältnis des betroffenen bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils regeln, von der Anwendung des Arbeitsrechts absehen müssen.

4. Damit ist zu untersuchen, ob sich bei Zugrundelegung der VL das beamtenrecht auf Maßnahmen anwenden läßt, die der Dienstherr bei Verbleiben des Betroffenen im Amt anordnet.

a) Wendet man auf die Abordnung und die Versagung der Genehmigung der Nebentätigkeit Beamtenrecht an, sieht man also von der Beteiligung des Personalrats ab, dann stellt sich die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage für diese belastenden VAe. Daraus, daß der Adressat nach der VL vorläufig kein Beamter ist, könnte man schließen, daß die §§ 27, 65 BBG als Grundlage ausscheiden und daß damit der in Art. 20 III GG manifestierte Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes verletzt wäre. Das hätte zur Folge, daß Abordnung und Verweigerung der Genehmigung in jedem Fall rechtswidrige VAe wären, auch wenn zwingende dienstliche Gründe im Sinne des § 27 I BBG die Abordnung erforderten und die Ablehnungsgründe des § 65 II BBG gehäuft vorlägen. Denn auf die Einwilligung des Adressaten⁶⁰⁾ ließen sich diese VAe nicht stützen. Die Abordnung nicht, weil für eine

55) Böhm-Spiertz, § 12 1; Scheuring-Steingen, § 60 4; Uttlinger, § 12 1 b und d.

56) Uttlinger, § 4 Vorbem. 9 a.

57) Ausschließlich zuständig gemäß § 2 I Ziff. 2 ArbGG; vgl. oben S. 71 Anm. 52.

58) Uttlinger, § 12 1 e und wohl auch Scheuring-Steingen, § 9 7, die die Abordnung vor dem Arbeitsgericht "anfechten" wollen.

59) vom 10.8.1951 (BGBl. I S. 499).

60) Wenn man annimmt, daß der Satz "volenti non fit iniuria" auch im Verwaltungsrecht gilt.

Einwilligung des Adressaten nichts ersichtlich ist, und die Verweigerung der Genehmigung nicht, weil der Adressat durch seinen Antrag gezeigt hat, daß er die Nebentätigkeit ausüben will, also mit der Versagung der Genehmigung vermutlich nicht einverstanden ist.

Die VL muß das merkwürdige Ergebnis, daß bei ihrer Zugrundelegung alle VAe zur Regelung des Dienstverhältnisses des Klägers wegen Verletzung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes rechtswidrig sind, vermeiden. Denn es widerspricht ihrem Ziel. Die VL will nur verhindern, daß der Betroffene während des Anfechtungsprozesses schlechter gestellt wird, als wenn er nicht entlassen worden wäre, nicht aber erreichen, daß er vorläufig besser gestellt wird als die echten Beamten. Das aber wäre hier der Fall, weil der Dienstherr gegenüber dem Entlassenen nur rechtmäßig handeln kann, wenn er von der Abordnung Abstand nimmt und die Nebentätigkeit genehmigt.

b) Damit bleibt zu erwägen, wie die VAe, die das Dienstverhältnis des Betroffenen bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils regeln, auf die Normen des Beamtenrechts gestützt werden können, wenn man davon ausgeht, daß der Betroffene nach der VL vorläufig kein Beamter ist.

Man könnte annehmen, daß § 80 I unmittelbar die Anwendung des Beamtenrechts verlangt, weil die Nichtanwendung dieses Rechts eine Folgerung aus der Entlassungsverfügung und damit ein suspendierter Akt der Vollziehung wäre. Dieser Weg scheint mir aber nicht gangbar. Der SE der VL schiebt lediglich die für den Betroffenen nachteiligen Folgerungen des Dienstherrn aus der Entlassungsverfügung auf. Die Nichtanwendung des Beamtenrechts würde den Betroffenen aber nicht belasten, sondern begünstigen, weil der Dienstherr dann nur durch die Unterlassung der Abordnung und die Genehmigung der Nebentätigkeit rechtmäßig handeln könnte. Da hiernach die Nichtanwendung des Beamtenrechts nicht unter den Begriff der gehemmten Vollziehung paßt, entfällt die Möglichkeit, über den SE des § 80 I unmittelbar die Nichtanwendung des Beamtenrechts auszuschließen und dadurch die Anwendung des Beamtenrechts zu begründen.

c) Man wird vielmehr die Anwendung des Beamtenrechts nur mittelbar aus dem SE des § 80 I herleiten können. Auszugehen ist von der

Feststellung, daß der SE nur nachteilige Folgerungen des Dienstherrn aus der Entlassungsverfügung aufschiebt. Hinzu kommt die Erwägung, daß der Betroffene keinen Anspruch darauf hat, besser als nach Beamtenrecht behandelt zu werden. Wenn aber der Betroffene einerseits nicht schlechter als nach Beamtenrecht behandelt werden darf und andererseits die Anwendung anderer Rechtsnormen nicht beanspruchen kann, bleibt nur seine Behandlung nach Beamtenrecht übrig. Damit folgt mittelbar aus § 80 I, daß die VAE, die das Dienstverhältnis des Betroffenen bis zur Rechtskraft des Anfechtungsurteils regeln, auf die Ermächtigungsnormen des Beamtenrechts gestützt werden können.

d) Wenn man bei Zugrundelegung der VL die Anwendbarkeit des Beamtenrechts bejaht, dann stellt sich die Frage, ob darin eine Identifizierung der VL mit der WL liegt. Denn beide Lehren wenden das Beamtenrecht an. Die WL, weil der Betroffene vorläufig noch Beamter ist. Die VL, weil der Betroffene nicht schlechter behandelt werden darf als nach Beamtenrecht und auf die Anwendung günstigerer Rechtsnormen keinen Anspruch hat. Man könnte daher annehmen, daß die VL hier in Wahrheit eine negativ formulierte WL ist.

Doch diese Annahme dürfte fehlgehen. Zwar wird man zugeben müssen, daß VL und WL sich bei der Antwort auf die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage für VAE im Rahmen der Weiterbeschäftigung des Betroffenen sehr nahe kommen. Aber es liegt nur eine Annäherung und keine Identifizierung vor. Denn die VL braucht nicht anzunehmen, daß der Betroffene noch Beamter ist. Vielmehr kann sie die durch § 80 I vermittelte Anwendbarkeit des Beamtenrechts als Nachwirkung aus der Tatsache erklären, daß der Betroffene Beamter gewesen ist, und sich dabei auf die Behandlung des entlassenen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht berufen. Dort gibt es eine ganze Reihe von Nachwirkungen aus dem Arbeitsverhältnis, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer verpflichten⁶¹⁾, und § 2 I Nr. 2 ArbGG erkennt den arbeitsrechtlichen Charakter dieser Verpflichtungen ausdrücklich dadurch an, daß er die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten

61) Die wichtigste ist die Pflicht des Arbeitgebers, dem neuen Arbeitgeber des ausgeschiedenen Arbeitnehmers Auskunft zu erteilen; vgl. Mohnen, S. 363 ff. Umfassend Käuffer: Die Vor- und Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Köln 1959.

über die Eingehung des Arbeitsverhältnisses und "aus dessen Nachwirkung" begründet. Wenn also aus dem rechtlich und tatsächlich endgültig gelösten Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch arbeitsrechtliche Nachwirkungen hergeleitet werden, dann wird man bei dem nur rechtlich, nicht aber tatsächlich entlassenen Beamten als Nachwirkung aus dem Beamtenverhältnis die Pflicht und das Recht des Dienstherrn ableiten dürfen, vorläufig noch das Beamtenrecht anzuwenden. Dies umso mehr, als bei Anwendung des Beamtenrechts die Entlassung des Betroffenen nicht endgültig, sondern durch die noch mögliche Kassation auflösend bedingt ist.

IV.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der SE nach beiden Lehren den belastenden Folgerungen des Dienstherrn aus der Entlassung entgegensteht. Der SE der WL schiebt darüber hinaus auch den "reinen Rechtsnachteil" des Verlustes des Beamtenstatus auf, was jedoch ohne praktische Bedeutung bleibt. Beide Lehren führen zu gewissen Ungeheimheiten, da sie den Betroffenen zeitweilig nach Beamtenrecht behandeln, obwohl er kein Beamter ist. Die WL kann die partielle Anordnung nach § 80 II Nr. 4 nur durch eine recht gewaltsame Auslegung erklären. Dafür bietet die Anwendung des Beamtenrechts auf Maßnahmen des Dienstherrn bei vorläufigem Verbleiben im Amt nach der WL keine Schwierigkeiten, während die VL dabei auf Nachwirkungen aus dem Beamtenverhältnis angewiesen ist.

7. K a p i t e l

Die Anfechtung der dispensierenden Bauerlaubnis

Als zweiter Fall soll die Anfechtung eines sogenannten janusköpfigen VAs behandelt werden, mit dem die Behörde den einen Bürger begünstigt und zugleich einen anderen Bürger belastet. Mit diesem Dreiecksverhältnis ist die Besonderheit der Verfahrensgestaltung

gekennzeichnet, die für den vorläufigen Rechtsschutz eine Reihe von Fragen aufwirft. Als Beispiel wähle ich die dispensierende Bauerlaubnis, die den Bauherrn von der Beachtung einer zwingenden Vorschrift des materiellen Baurechts, z.B. dem Bauwich, freistellt.

Damit in diesem Fall die aufschiebende Wirkung des § 80 I in Betracht kommt, muß die Klage des Nachbarn als öffentlichrechtliche Nachbarklage und als Anfechtungsklage¹⁾ konstruiert werden. Beide Punkte sind bestritten. Die Nachbarklage wird teils als privatrechtliche Klage²⁾, teils als negative Verpflichtungsklage konstruiert³⁾. Da die Erörterung dieser Fragen den Rahmen der Arbeit überschreiten würde, gehe ich im folgenden mit der h.M. davon aus, daß die Nachbarklage als Anfechtungsklage i.S. des § 42 I zu konstruieren ist^{4/5)}.

I.

Legt der Nachbar gegen die dem Bauherrn erteilte dispensierende Bauerlaubnis Widerspruch ein und erhebt er anschließend Anfechtungsklage, dann stellt sich die Frage, ob bei Zugrundelegung der VL die aufschiebende Wirkung eintritt. Die überwiegende Ansicht be-

-
- 1) § 80 I 1 hat klargestellt, daß nur die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung hat.
 - 2) So anscheinend Redeker, NJW 1959 S. 750 ff; Sellmann, DVbl. 1963 S. 281.
 - 3) OVG Münster - AS 13 S. 6 (9 f), AS 13 S. 65 (66 ff); BuBauBl. 1961 S. 446; ebenso Gelzer, NJW 1958 S. 326, NJW 1959 S. 1906; Kohlhammer, § 31 6 b; Koehler, § 42 B III 3 b; Spick, S. 51; Ule, § 123 I.
 - 4) OVG Hamburg - DVbl. 1959 S. 822; OVG Koblenz - DVbl. 1959 S. 824; OVG Lüneburg - BuBauBl. 1959 S. 401 f, DVbl. 1962 S. 418; Bernhardt, S. 307 Anm. 43; Dörffler, S. 18 Anm. 67; Klinger, S. 171 Anm. 22; Menger, VerwArch 1958 S. 280; Pietzonka, S. 1582; Quaritsch, VerwArch S. 226 f; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 4; Scholz, S. 158; Schunck-De Clerck, § 42 2 d dd; Siegmund-Schultze, S. 754.
 - 5) Es ist zu wünschen, daß die Frage, ob Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, vor das BVerwG gebracht wird. Dieses könnte nach § 137 I entscheiden, da es sich um eine Frage des bundesrechtlichen Verwaltungsprozeßrechts handelt und nicht um eine solche des landesrechtlichen Baupolizeirechts (so aber anscheinend Redeker, NJW 1959 S. 749).

jaht die aufschiebende Wirkung⁶⁾, während der Hess.VGH⁷⁾ und Fromm⁸⁾ sie verneinen.

Allerdings ist es zweifelhaft, ob alle Vertreter der VL, die bei Anfechtung eines janusköpfigen VAs durch den belasteten Dritten den SE bejahen, damit die Hemmung der Vollziehbarkeit der Bauerlaubnis meinen. Koehler⁹⁾ z.B. nimmt bei der Anfechtung des janusköpfigen VAs an, daß der VA im Verhältnis zwischen Behörde und belastetem Dritten in der Schwebe bleibe¹⁰⁾. Daraus folgert Schäfer¹¹⁾, daß Koehler hier zur WL übergehe und als Rechtsbehelfsfolge die Unwirksamkeit der Erlaubnis im Verhältnis zwischen Behörde und Nachbarn annehme.

Aber zu Unrecht! Koehler beruft sich dafür, daß der janusköpfige VA im Verhältnis zwischen Behörde und belastetem Dritten in der Schwebe bleibe, auf Beschlüsse des Hess.VGH¹²⁾ und des OVG Koblenz¹³⁾. Diese aber verneinen die aufschiebende Wirkung im Sinne des § 80 I 1 und lassen sie nur als Hemmung der formellen Rechtskraft gelten¹⁴⁾. Daraus folgt, daß Koehler bei der Anfechtung eines janusköpfigen

6) OVG Lüneburg - DVBl. 1963 S. 335; De Clerck, NJW 1961 S. 2234 sub 1 e; Dörffler, S. 18 Anm. 67; Jung, S. 159 f; Koehler, § 80 Anm. A II 7; Quaritsch, VerwArch S. 227 f; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 4; Schunck-De Clerck, § 80 2 c; Tschira-Schmitt, S. 2 sub 5 b; unentschieden Sellmann, DVBl. 1963 S. 282.

7) B. v. 30.6.1961 - QS IV 24/61 - bei Haueisen, NJW 1964 S. 2040 Anm. 26; DÖV 1964 S. 783 (784).

8) BB 1962 S. 985 f, DVBl. 1962 S. 802 f; DVBl. 1963 S. 564 f; ebenso Bernhardt, S. 308; Janicki, S. 838 f.

9) § 80 A II 7.

10) Ähnlich Schunck-De Clerck, § 80 2 c.

11) S. 847; ähnlich Siegmund-Schultze, S. 745, 753; wenn Schäfer, a.a.O., darüber hinaus Quaritsch, Jung und Redeker-v.Oertzen zu den Vertretern der WL rechnet, dann ist das unrichtig. Alle vertreten die VL; Nachweise oben S. 22 Anm. 32.

12) NJW 1953 S. 200.

13) AS 1 S. 400 (402) und auf Rasch, der allerdings die WL vertritt.

14) Hess.VGH, a.a.O., "Der VA (bleibt) bis zur endgültigen Beurteilung rechtlich in der Schwebe, die darin enthaltene Regelung ist noch nicht unumstößlich. Dagegen entfällt die sogenannte aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs, daß die Verfügung nicht vollzogen werden darf ..." Ähnlich OVG Koblenz, a.a.O.

VAs die Hemmung der Vollziehbarkeit verneint und nur die Hemmung der formellen Rechtskraft bejaht¹⁵⁾, aber nicht die Unwirksamkeit des VAs im Verhältnis zwischen Behörde und Nachbarn vertritt.

1. Da der SE nach der VL nur die Vollziehbarkeit des angefochtenen VAs aufschiebt, muß die Ansicht, die vom Boden der VL aus der Anfechtung der Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung beilegt, annehmen, daß der SE die Vollziehbarkeit der Bauerlaubnis hemmt. Fragt man, worin die suspendierte Vollziehung besteht, so erhält man zur Antwort, der Bauherr dürfe aus der Bauerlaubnis keine Folgerungen ziehen, also nicht bauen¹⁶⁾. Das aber heißt, daß die privatrechtliche Bautätigkeit des Bauherrn Vollziehung des VAs der Bauerlaubnis ist. Damit ist das öffentlichrechtliche Element der behördlichen Tätigkeit aus dem Begriff der Vollziehung eliminiert. Der Bürger kann einen VA vollziehen¹⁷⁾. Diese These überdehnt den Begriff der Vollziehung. Sie ist daher zahlreichen Bedenken ausgesetzt.

a) Die These von der Vollziehung der Bauerlaubnis durch den Bauherrn dürfte mit dem VwVG¹⁸⁾ und den Vollstreckungsgesetzen der Länder¹⁹⁾ nicht zu vereinbaren sein. Nach diesen wird der VA von der Behörde vollzogen, die ihn erlassen hat. Lediglich die Behörde der unteren Verwaltungsstufe kann für den Einzelfall oder allgemein mit der Vollziehung beauftragt werden²⁰⁾. Von der Vollziehung eines VAs durch den Bürger ist keine Rede. Für diese Art der Vollziehung fehlt somit jegliche Vorschrift, so daß sich die Anhänger der Vollziehbarkeit der Bauerlaubnis hier in einem gesetzesfreien Raum bewegen. Auf die Fragen nach dem gesamten Verfahren, dem Zeitpunkt der Zulässigkeit des Vollziehungsbeginns, den Vollziehungs-

15) vgl. noch Koehler, § 80 A III 3 b.

16) Heintze, S. 1432; Jung, S. 160; Quaritsch, VerwArch S. 227 f, anders noch Diss. S. 49, 52 und insbesondere S. 122; Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 4; ebenso wohl Wü-Ba VGH, VerwRspr. 11 S. 753.

17) Andresen, S. 15; Heintze, a.a.O.; Jung, a.a.O.; Quaritsch, VerwArch S. 227; Ruckdäschel, S. 677; Schattenfroh, S. 143. So anscheinend auch Wü-Ba VGH, VerwRspr. 8 S. 480 (481); VerwRspr. 9 S. 966; VerwRspr. 11 S. 753.

18) Oben S. 48 Anm. 32.

19) vgl. oben S. 48 Anm. 35.

20) vgl. statt aller § 7 VwVG.

mitteln und den Rechtsbehelfen des Nachbarn gegen bestimmte Vollziehungsakte gibt es daher keine einigermaßen sichere Antwort²¹⁾.

b) Die Behörde verpflichtet den Bauherrn durch die Bauerlaubnis nicht zum Bauen, sondern gestattet ihm das Bauen nur²²⁾. Nach § 80 II Nr. 4 kann die Behörde die sofortige Vollziehung des VAS anordnen. Würde die Behörde diese Vorschrift bei der Bauerlaubnis anwenden, dann käme durch das Wort "anordnen" das zwingende Gebot an den Bauherrn zum Ausdruck, von der erteilten Erlaubnis alsbald Gebrauch zu machen²³⁾. Damit wäre der den Bauherrn ausschließlich begünstigende VA der Bauerlaubnis zu einem teilweise belastenden VA verfälscht, insofern nämlich, als für den Bauherrn nunmehr eine Rechtspflicht zum Bauen bestünde²⁴⁾. Außerdem wäre die Verpflichtung, alsbald zu bauen, fast eine Verpflichtung zu unmöglichem Tun. Denn bei der heutigen Lage auf dem Bauplatz hat es der Bauherr kaum noch in der Hand, den sofortigen Baubeginn zu bestimmen²⁵⁾. Man wird daher sagen müssen, daß § 80 II Nr. 4 nicht auf die dispensierende Bauerlaubnis anwendbar ist, wenn man die private Bautätigkeit des Bauherrn als Vollziehung der Bauerlaubnis ansieht. Ist aber § 80 II Nr. 4 nicht anwendbar, dann kann die Behörde den SE nicht vernichten, was mit der Systematik des § 80 unvereinbar ist²⁶⁾ und zu einem Zuviel an vorläufigem Rechtsschutz für den Nachbarn führt²⁷⁾.

c) Schließlich ist der These von der Vollziehung der Bauerlaubnis durch den Bauherrn entgegenzuhalten, daß sie die Vollziehung mit der Wirksamkeit der Erlaubnis gleichsetzt. Das zeigt besonders deutlich die Definition der Vollziehung, die Quaritsch im Hinblick auf die dispensierende Bauerlaubnis aufgestellt hat²⁸⁾. Danach heißt Vollziehung i.S. des § 80, "den Inhalt des VAS verwirklichen, sei es durch tatsächliches Handeln der Behörde a quo oder des Ad-

21) Man kann das VwVG nicht analog anwenden, weil der Bauherr die sich daraus für ihn ergebenden Pflichten mangels Sachkunde nicht erfüllen kann.

22) Hess.VGH, NJW 1953 S. 200; Kersten, S. 235.

23) OVG Lüneburg, DVbl. 1963 S. 335 für die Erlaubnis nach § 20 PBefG; kritisch Scholz, S. 160 f.

24) Fromm, DVbl. 1963 S. 564. 25) Fromm, a.a.O.

26) vgl. oben S. 27 f.

27) vgl. oben S. 43 ff.

28) VerwArch, S. 227.

ressaten, sei es durch Anerkennung und Vollzug der durch ihn geschaffenen Rechtslage"²⁹⁾. Wenn aber sogar die Anerkennung der durch den VA³⁰⁾ geschaffenen Rechtslage Vollziehung der Erlaubnis sein soll, dann ist die Wirksamkeit der Erlaubnis mit deren Vollziehung gleichgesetzt, und diese beiden "inkommensurablen Größen"³¹⁾ sind identifiziert. Das gibt Quaritsch ausdrücklich zu³²⁾, allerdings ohne aus diesem bedenklichen Ergebnis die nötigen Folgerungen zu ziehen.

2. Angesichts der Bedenken, die gegen die Vollziehung der Bauerlaubnis durch den Bauherrn zu erheben sind, muß man daran festhalten, daß der Begriff der Vollziehung auf die Tätigkeit einer Behörde beschränkt ist³³⁾. Die Bautätigkeit des Bauherrn ist deshalb keine Vollziehung der Bauerlaubnis. Damit bleibt die Vollziehung der VAE der "vollziehenden Gewalt" vorbehalten, wie es der traditionellen Auffassung im Verwaltungsrecht entspricht.

a) Da der SE nach der VL nur die Vollziehbarkeit des angefochtenen VAs aufschiebt, das Bauen aber keine Vollziehung der Bauerlaubnis ist, führt die VL zu dem Ergebnis, daß der Rechtsbehelf des Nachbarn keinen SE auslöst und der Bauherr nicht gehindert ist, mit den Bauarbeiten zu beginnen.

b) Allerdings ist Siegmund-Schultze³⁴⁾ und De Clerck³⁵⁾ einzuräumen, daß dieses Ergebnis auf den ersten Blick der allgemein gehaltenen Fassung des § 80 I und II widerspricht. Denn dort heißt es, daß Wi-

29) Quaritsch, VerwArch S. 227; Heintze, S. 1432; ähnlich Jung, S. 160. Dazu Sellmann, DVBl. 1963 S. 282: eine etwas gewagte Auslegung.

30) Das "ihn" in der Definition von Quaritsch bezieht sich auf den VA und nicht auf den Adressaten, weil das zweite "sei es" wie das erste die Verwirklichung des Inhalts des VAs näher erläutert.

31) Quaritsch, Diss. S. 109; VerwArch S. 227, wo die beiden Größen aber nur noch "an sich" inkommensurabel sein sollen.

32) Quaritsch, a.a.O.; und Scholz, S. 160 f, verteidigt es.

33) Hess.VGH - NJW 1953 S. 200, B. v. 4.9.1961 - B IV 11/61 - unveröffentlicht; OVG Münster - MDR 1952 S. 701 (702); DÖV 1954 S. 733 Nr. 277; AS 10 S. 302 (303 f); Fromm, DVBl. 1962 S. 803 sub 3; Helmling, S. 32 f; Janicki, S. 839; wohl auch Siegmund-Schultze, S. 747, 753.

34) S. 748.

35) DÖV 1964 S. 152.

derspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben und daß die aufschiebende Wirkung nur bei den in II enumerierten Fällen entfällt, ohne daß die janusköpfigen VAe enumeriert sind. Doch der Gesetzgeber brauchte in § 80 II die aufschiebende Wirkung nur für die Fälle auszuschließen, bei denen eine aufschiebende Wirkung begrifflich möglich ist. Das aber ist bei den janusköpfigen VAen hinsichtlich der privatrechtlichen Tätigkeit des begünstigten Bürgers nicht der Fall, weil dessen Tätigkeit keine Vollziehung ist, der SE nach der VL aber nur die Vollziehbarkeit aufschiebt.

3. Da § 80 I bei der Anfechtung einer dispensierenden Bauerlaubnis nicht eingreift, sind auch die übrigen Vorschriften des § 80 unanwendbar³⁶⁾. Denn vom Boden der VL aus gesehen betreffen die einzelnen Stufen des § 80 die Vollziehbarkeit des angefochtenen VAs³⁷⁾, woran es bei der Bauerlaubnis aber gerade fehlt.

a) Es liegt auf der Hand, daß die VL durch die Praxis widerlegt wäre, wenn sie sich mit der Unanwendbarkeit des § 80 zufriedengeben müßte. Der Nachbar wäre ohne vorläufigen Rechtsschutz, müßte der Bauausführung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Anfechtungsprozesses hilflos zusehen - womit häufig vollendete Tatsachen geschaffen wären - und könnte dann nur seinen Schaden liquidieren. Will man dieses Ergebnis vermeiden, so ist vorläufiger Rechtsschutz für den Nachbarn notwendig und die VL nur zu halten, wenn der Nachbar auch ohne § 80 vorläufigen Rechtsschutz genießt. Ob das der Fall ist, ist daher zu prüfen.

b) Zur Verhinderung der Bauarbeiten kommt eine einstweilige Anordnung nach § 123 I in Betracht³⁸⁾. Allerdings gilt diese Vorschrift gemäß § 123 V nicht für die Vollziehung des angefochtenen VAs oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs.

36) Löwer, DVBl. 1963 S. 347 sub III A. Insbesondere scheidet eine Herstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht nach § 80 V 1 aus, weil darin eine Hemmung der Vollziehbarkeit läge, deren es aber mangels Vollziehbarkeit der Bauerlaubnis nicht bedarf.

37) vgl. oben S. 61.

38) Hess.VGH, B. v. 4.9.1961 - B IV 11/61 - unveröffentlicht; DÖV 1964 S. 783 (785 a.E.); OVG Münster, DÖV 1964 S. 785 (786); unentschieden OVG Berlin, JR 1964 S. 398.

Daraus folgert eine verbreitete Ansicht, daß bei der Anfechtungsklage vorläufiger Rechtsschutz ausschließlich nach § 80 gewährt werden könne³⁹⁾.

Doch § 123 V trägt eine so weitgehende Folgerung nicht. Die Vorschrift dient ihrem Wortlaut nach nur der Abgrenzung des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 von dem nach § 123⁴⁰⁾. Sie soll sicherstellen, daß das Gericht § 123 I - IV nicht anwendet, wenn § 80 gegeben ist. § 123 V statuiert also nur die Spezialität des § 80 gegenüber § 123⁴¹⁾, aber nicht die grundsätzliche Unanwendbarkeit des § 123 bei der Anfechtungsklage. Soweit also eine einstweilige Anordnung nach § 123 I weder die Vollziehung eines VAs noch die Beseitigung des SEs zum Gegenstand hat, darf sie bei der Anfechtungsklage ergehen.

Auch wenn man also die Nachbarklage wie hier als Anfechtungsklage konstruiert⁴²⁾, steht § 123 V der Verhinderung der Bauarbeiten durch eine einstweilige Anordnung nicht entgegen⁴³⁾. Denn bei einer einstweiligen Anordnung zum Schutz des Nachbarn geht es weder um die Vollziehung der bauerlaubnis - weil die Bautätigkeit keine Vollziehung ist - noch um die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung, da der Rechtsbehelf des Nachbarn keine aufschiebende Wirkung hat.

c) Siegmund-Schultze⁴⁴⁾ weist darauf hin, daß der Antragsteller bei § 123 die Feststellungslast für die antragsbegründenden Tatsachen

39) OVG Koblenz, VerwRspr. 11 S. 879 (880); Koehler, § 123 VII 1; Rambeck, S. 1334; Scholz, S. 157; Schrödter, S. 215 sub II; Sellmann, NJW 1964 S. 1548; Ule, § 123 I (S. 414), Prozeßrecht S. 223.

40) Fromm, BB 1962 S. 986 sub 1.

41) Bettermann, JZ 1960 S. 545 sub I; Kellner, S. 426; wohl auch Ruckdäschel, S. 685.

42) vgl. oben S. 77 f.

43) Zustimmend Fromm, BB 1962 S. 986 sub 1, DVbl. 1962 S. 803; Schunck-De Clerck, § 123 3 b mit 3 d; a.A. die amtliche Begründung zum RegEntw (bT-Drucks. III Nr. 55 S. 44), nach der eine einstw. Verfügung auch für die Anfechtungssachen entbehrlich sein soll, die einer aufschiebenden Wirkung nicht fähig sind.

44) S. 750; vgl. Redeker, DVbl. 1964 S. 837.

trägt, während der SE nach § 80 I ipso iure eintritt und die Behörde im Verfahren nach § 80 V die Feststellungslast für die Tatsachen zu tragen hat, welche die sofortige Vollziehung rechtfertigen. Er bemängelt, daß die VL durch ihr Ausweichen zur einstweiligen Anordnung dem anfechtenden Nachbarn systemwidrig die Feststellungslast aufbürdet.

Doch diese - im Vergleich zu anderen Anfechtungsklagen - Umkehrung der Feststellungslast im vorläufigen Verfahren zeigt nur eine Ungereimtheit der VL. Sie rechtfertigt nicht den Schluß, daß die einstweilige Anordnung hier mit dem System des geltenden Verwaltungsprozeßrechts unvereinbar ist. Es darf nicht übersehen werden, daß es sich nicht nur um das übliche Verhältnis Bürger-Behörde handelt. Vielmehr sind neben der Behörde zwei Bürger mit widerstreitenden Interessen beteiligt und diese Besonderheit der Verfahrensgestaltung läßt gewisse Ungereimtheiten, die auch die WL nicht vermeiden kann⁴⁵⁾, verständlich erscheinen. Außerdem wird man bezweifeln müssen, daß sich die Umkehrung der Feststellungslast in der Praxis entscheidend zum Nachteil des Nachbarn auswirkt.

Zu weit geht Siegmund-Schultze⁴⁶⁾, wenn er behauptet, die VL könne die durch den Mangel des SEs entstandene Lücke im vorläufigen Rechtsschutz nicht durch § 123 schließen und deshalb Bedenken gegen die VL aus Art. 19 IV GG erhebt. Die VL kann die Lücke schließen, allerdings um den Preis der Umkehrung der Feststellungslast. Für Bedenken aus Art. 19 IV GG ist dann aber nur noch Raum, wenn man die Regelung, daß die Behörde im vorläufigen Verfahren bei der Anfechtungsklage die Feststellungslast zu tragen hat, als durch Art. 19 IV GG abgesichert erachtet. Das ist aber nicht der Fall, da der Gesetzgeber dem Art. 19 IV GG genügt, wenn er als Institut des vorläufigen Rechtsschutzes die einstweilige Anordnung gewährt⁴⁷⁾ und bei dieser hat der beantragende Bürger die Feststellungslast zu tragen.

d) Nach § 123 I 1 kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Streitgegenstand erlassen, wenn die Gefahr besteht,

45) vgl. unten S. 88 ff. 46) S. 751.

47) Bettermann, Grundrechte, S. 810; Ule, DVBl. 1959 S. 538 f.

daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Ist zu erwarten, daß der Bauherr trotz Anfechtung der Bauerlaubnis alsbald mit den Bauarbeiten beginnt und die Behörde ihn daran nicht hindert, so besteht die Gefahr, daß vollendete Tatsachen geschaffen werden, und die Durchsetzung eines etwaigen Nachbarrechts wesentlich erschwert wird. Die Voraussetzungen des § 123 I 1 können also vorliegen.

Zweifel bestehen hinsichtlich der Frage, wer Antragsgegner der einstweiligen Anordnung nach § 123 sein soll. Quaritsch⁴⁸⁾ will eine einstweilige Anordnung auf Antrag des Nachbarn gegen den Bauherrn mit dem Tenor zulassen, daß der Bauherr die Bauarbeiten ganz oder in bestimmtem Umfang zu unterlassen habe. Ich habe Bedenken, ob für diesen Antrag der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Zwar ist davon auszugehen, daß die dem Nachbarn durch das materielle Baurecht⁴⁹⁾ eingeräumte Rechtsstellung öffentlichrechtlicher Natur ist. Die antragsbegründende Gefährdung droht also einem öffentlichen Recht. Aber die vom Gericht erlassene Anordnung zielt auf ein privatrechtliches Verhalten eines Bürgers, nämlich auf Unterlassung der Bauarbeiten durch den Bauherrn ab. Für diesen Ausspruch ist das Verwaltungsgericht aber nicht zuständig. Einstweilige Anordnungen nach § 123 I 1 können nur Maßnahmen zum Gegenstand haben, auf die das angerufene Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit auch durch Urteil erkennen könnte⁵⁰⁾. Zur Unterlassung von Bauarbeiten kann aber nur das Zivil- und nicht das Verwaltungsgericht den Bürger verurteilen⁵¹⁾.

Richtig dürfte vielmehr der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegen die Behörde sein, welche die Behörde verpflichtet,

48) VerwArch S. 240: "Dem Dritten die Rechtsausübung ganz oder teilweise zu verbieten, muß ... gestattet sein." Ebenso De Clerck, DÖV 1964 S. 154; ablehnend z.B. Heintze, S. 1431.

49) z.B. die Vorschriften der Bauordnungen über Wohngebiete, wenn der Bauherr einen Gewerbebetrieb errichtet.

50) BayerVGH - BayVBl. 1961 S. 60; OVG Koblenz - AS 6 S. 386 (390); Ule, § 123 II 2.

51) Dieses Bedenken steht auch einer einstw.AO gegen den Bauherrn als notwendig Beigeladenem entgegen.

die Bauarbeiten bis zur Entscheidung der Hauptsache ganz oder in bestimmtem Umfang zu verhindern^{52/53}). Dieser Antrag ist zulässig, da er darauf abzielt, die Behörde zu einer Amtshandlung zu verpflichten. Liegen im Einzelfall die Voraussetzungen des § 123 I 1 vor, dann findet der Nachbar durch die einstweilige Anordnung vorläufigen Rechtsschutz.

e) Schäfer⁵⁴) hat Bedenken dagegen, daß das Gericht die Behörde durch einstweilige Anordnung verpflichtet, die Bauarbeiten einzustellen, weil die Behörde keine Handhabe besitze, dem Inhaber einer wirksamen Bauerlaubnis das Bauen zu untersagen.

Doch Schäfers Bedenken greifen nicht durch. Nach § 123 kann das Gericht der Behörde ein bestimmtes Tun aufgeben. Greift es mit seiner Anordnung wie bei der Einstellung der Bauarbeiten in die Rechte eines Dritten ein, dann ist dazu keine besondere Ermächtigungsgrundlage notwendig: § 123 ist auch insoweit Ermächtigung, ebenso wie die §§ 935, 940 ZPO. Das Prozeßrecht enthält auch sonst Ermächtigungen für vorläufige gerichtliche Regelungen gegenüber Dritten, die im materiellen Recht keine Entsprechung finden. So kann in dem praktisch wichtigen Fall des § 829 I 1 ZPO das Vollstreckungsgericht dem Drittschuldner verbieten, an den Schuldner zu zahlen, obwohl der Gläubiger dem Drittschuldner gegenüber keinen Anspruch auf Unterlassung der Zahlung besitzt. Daß Schäfers Bedenken unbegründet sind, folgt ferner daraus, daß der Bauherr im Anfechtungsprozeß des Nachbarn unstreitig notwendig beizuladender (§ 65 II) ist⁵⁵) und daher auch in Anordnungsverfahren nach § 123 beigeladen werden

52) Hess.VGH, B. v. 4.9.1961 - B IV 11/61 - unveröffentlicht; ebenso unter Geltung des VGG: Hess.VGH, B. v. 6.1.1960 - B IV 63/59 - unveröffentlicht; Fromm, BB 1962 S. 986; Heintze, S. 1431; Sellmann, NJW 1964 S. 1545; vom Boden der Verpflichtungsklage aus: OVG Münster, Städtetag 1961 S. 481; VerwRspr. 16 S. 69.

53) Zu weit ginge der Antrag, der Behörde den vorläufigen Widerruf der Bauerlaubnis aufzugeben; das Vertrauen des Bauherrn auf den Bestand der Erlaubnis stände diesem Antrag allerdings nicht entgegen; vgl. § 39 EVwVerfG 1963.

54) S. 848.

55) Dörffler, S. 17 sub 2; Fromm, DVBl. 1963 S. 565; Hauelsen, NJW 1964 S. 2041 sub 6 b; Obermayer, S. 194; Quaritsch, VerwArch S. 240; vgl. unten S.94 Anm. 93.

muß⁵⁶⁾). Hätte Schäfer Recht und träfen die Wirkungen der Anordnung nach § 123 den Bauherrn nicht, dann wäre die Notwendigkeit seiner Beiladung unverständlich.

Damit ist nachgewiesen, daß die VL den Nachbarn durch Unanwendbarkeit des § 80 nicht vorläufig rechtsschutzlos stellt. Vielmehr genießt der Nachbar nach der VL vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 123. Diese Konstruktion hat den praktischen Vorteil, daß Nachbar und Bauherr - als notwendig Beigeladener - an einem und demselben vorläufigen Verfahren beteiligt sind. Der Nachbar kann durch die einstweilige Anordnung vorläufigen Rechtsschutz erlangen und dem Bauherrn ist Gelegenheit gegeben, auf die Entscheidung des Gerichts Einfluß zu nehmen, also auf die Ablehnung des Erlasses der einstweiligen Anordnung hinzuwirken, womit seinen Interessen genügt wäre.

II.

Nach der WL lösen Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die dispensierende Bauerlaubnis den SE aus, die Bauerlaubnis wird unwirksam⁵⁷⁾. Meyer⁵⁸⁾ leugnet das mit der Begründung, § 80 betreffe nur die belastenden VAe, bei der Bauerlaubnis stehe aber die begünstigende Wirkung im Vordergrund. Dieses Argument hat Lamberg⁵⁹⁾ mit dem Hinweis widerlegt, daß die begünstigende und die belastende Wirkung der Bauerlaubnis gleiches Gewicht haben und vom Standpunkt des anfechtenden Nachbarn die Belastung im Vordergrund steht. Wird also die Bauerlaubnis durch den SE der Anfechtung unwirksam, so treten die zwingenden Bauvorschriften wieder in Kraft, die ein von ihren Regelungen abweichendes Bauen grundsätzlich untersagen. Damit ist der Bauherr durch das materielle Baurecht gehindert, mit den Bauarbeiten zu beginnen oder mit ihnen fortzufahren. Die WL braucht also das Bauen nicht als Vollziehung der Bauerlaubnis anzusehen, die durch den SE aufgeschoben wäre.

56) Die Beiladung ist auch im AOVerfahren zulässig: Koehler, § 65 VI 3; Redeker-v.Oertzen, § 65 RdNr. 11; Schunck-De Clerck, § 66 2a.

57) De Clerck, DÖV 1964 S. 153; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 11; Obermayer, S. 201; Schäfer, S. 849; Siegmund-Schultze, S. 753; Scholz, S. 158 f; Ule, § 80 I 1 a.

58) S. 710.

59) NJW 1964 S. 711; zustimmend Hauelsen, NJW 1964 S. 2037.

1. Die Vertreter der WL⁶⁰⁾ gehen davon aus, daß der SE die dispensierende Bauerlaubnis für und gegen Behörde, Bauherrn und Nachbarn, also absolut unwirksam werden läßt⁶¹⁾.

a) Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs tritt mit Einlegung des Widerspruchs bei der Behörde ein⁶²⁾. Wendet man diesen Grundsatz auf die dispensierende Bauerlaubnis an, dann trifft der Verlust der Erlaubnis den Bauherrn mit Eingang des Widerspruchs bei der Behörde, also ohne daß der Bauherr etwas davon erfährt⁶³⁾. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. Wenn der Bauherr vom vorläufigen Verlust der Bauerlaubnis keine Kenntnis erhält, hat er keinen Anlaß, die Bauarbeiten einzustellen. Werden aber die Bauarbeiten fortgesetzt, dann bringt der SE dem Nachbarn im Ergebnis nicht den gewünschten vorläufigen Rechtsschutz.

Ein Ausweg besteht darin, daß man die Behörde dem Nachbarn gegenüber für verpflichtet erachtet, dem Bauherrn von der Einlegung des Widerspruchs unverzüglich Kenntnis zu geben und weitere Bauarbeiten zu unterbinden⁶⁴⁾. Aber einmal ist es sehr zweifelhaft, ob sich die Verpflichtung der Behörde zur Bekanntgabe des Widerspruchs und zum Einschreiten gegenüber den Bauarbeiten rechtfertigen läßt⁶⁵⁾. Zum anderen wäre dem Nachbarn nur mit einer einstweiligen Anordnung nach § 123 zu helfen, wenn die Behörde die Bauarbeiten nicht unterbindet⁶⁶⁾, was die Regel sein dürfte⁶⁷⁾. Denn die Bauarbeiten las-

60) vgl. oben S. 87 Anm. 57.

61) Schäfers Behauptung, S. 847, diesen Standpunkt habe wohl die Mehrzahl der Verwaltungsgerichte eingenommen, trifft nicht zu. Schäfer zitiert zwei Entscheidungen: eine des VGH Stuttgart, die unter dem alten Recht ergangen ist und eine unveröffentlichte seiner Kammer des VG Darmstadt, die aber keinen janusköpfigen VA, sondern die Entziehung der Fahrerlaubnis in lapidarer Kürze behandelt: VG Darmstadt, B. v. 19.6.1962 - B IV 369/62 - S. 8 f.: "Die aufschiebende Wirkung hat zur Folge, daß der Entzug der Fahrerlaubnis vorerst noch nicht wirksam wird."

62) Heintze, S. 1433; Siegmund-Schultze, S. 753.

63) Siegmund-Schultze, a.a.O.; Hauelsen, a.a.O. S. 2039.

64) Hauelsen, a.a.O. S. 2041 sub 5; Lamberg, NJW 1963 S. 2155; Scholz, S. 159 Anm. 20; wohl auch De Clerck, DÖV 1964 S. 153 f.

65) Hess.VGH, B. v. 30.6.1961-QS IV 24/61 - bei Hauelsen, a.a.O. S. 2040 Anm. 26; Redeker, DVBl. 1962 S. 220. Pflicht zu positivem Behördenhandeln aus § 80 I?

66) De Clerck, a.a.O., S. 154; Redeker, a.a.O., DVBl. 1964 S. 837aE;

67) OVG Münster, DÖV 1964 S. 785 (786).

sen sich nicht dadurch verhindern, daß das Gericht nach § 80 V 1 die Wiederherstellung oder Anordnung der aufschiebenden Wirkung beschließt. Dieser Beschluß ist denkgesetzlich ausgeschlossen, weil die aufschiebende Wirkung des § 80 I 1 bereits besteht⁶⁸⁾, so daß sie vom Gericht⁶⁹⁾ nach § 80 V 1 weder angeordnet noch wiederhergestellt werden kann⁷⁰⁾. Hilft dem Nachbarn aber nur eine einstweilige Anordnung nach § 123, dann muß die WL einräumen, daß ihr SE bei der dispensierenden Bauerlaubnis "nicht richtig funktioniert"⁷¹⁾, weil sie mit dem Verfahren nach § 80 nicht auskommt.

Siegmund-Schultze⁷²⁾ schlägt vor, den SE erst mit Bekanntgabe des Widerspruchs an den Bauherrn eintreten zu lassen. Das wäre eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der SE mit Einlegung des Rechtsbehelfs bei der Behörde eintritt und deshalb eine Ungereimtheit der WL. Darüber hinaus ist fraglich, wie die Bekanntgabe des Widerspruchs an den Bauherrn erfolgen sollte. Die Möglichkeit, daß der Nachbar den Bauherrn vom Widerspruch in Kenntnis setzt, dürfte ausscheiden. Diese Mitteilung müßte die Wirkung eines vorläufigen Bauverbots haben. Deshalb wird man eine behördliche Bekanntgabe verlangen müssen. Erfüllt aber die Behörde ihre Bekanntgabepflicht nicht, oder bleibt sie untätig, wenn der Bauherr trotz Bekanntgabe weiterbaut, dann kann der Nachbar wiederum nur durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 vorläufigen Rechtsschutz erlangen.

68) Eine stillschweigende AO nach § 80 II Nr. 4 ist nicht vertretbar: § 80 II Nr. 4 verlangt eine "besondere Anordnung", § 80 III 1 eine schriftliche Begründung; letztere ist nur in den Fällen des § 80 III 2 entbehrlich. Ebenso De Clerck, NJW 1961 S. 2234 sub 2 d, DÖV 1964 S. 153 sub 4; Ule, § 80 I 3.

69) De Clerck (DÖV. 1964 S. 154) hält den entsprechenden Beschluß der Widerspruchsbehörde nach § 80 IV für zulässig. Er stützt sich auf den Wortlaut des § 80 IV. Aber als Anhänger der WL (a.a.O. S. 152) müßte er nach der Systematik des § 80 (vgl. oben S. 28 f) die Aussetzung der Vollziehung "als Wiederherstellung der Wirksamkeitshemmung" verstehen. Wenn De Clerck (a.a.O. S. 154) ferner meint, die Behörde müsse notfalls die Vollziehung anordnen, um anschließend aussetzen zu können, so übersieht er, daß die Voraussetzungen des § 80 II Nr. 4 nicht vorliegen, wenn die Behörde anschließend aussetzen kann.

70) VG Braunschweig, DVBl. 1962 S. 229 (230); OVG Münster, NJW 1963 S. 2244, DVBl. 1964 S. 834 (836); DÖV 1964 S. 785 (786); De Clerck, DÖV 1964 S. 153; Schäfer, S. 849; a.A. VGH Mannheim, NJW 1962 S. 1172 (1173); Klinger, § 80 E 1, F 13; v. Oertzen, S. 1172; Redeker, DVBl. 1964 S. 837; Scholz, S. 162.

71) Fromm, DVBl. 1963 S. 564. 72) S. 753.

b) Sieht man von diesen Schwierigkeiten ab, so gestaltet sich der vorläufige Rechtsschutz des Nachbarn bei absoluter Unwirksamkeit der Bauerlaubnis praktikabel. Da der Bauherr keine dispensierende Bauerlaubnis mehr besitzt, darf er nicht bauen und der Nachbar ist geschützt. Ordnet die Behörde die sofortige Wirksamkeit der Bauerlaubnis an, so kann der Nachbar nach § 80 IV bei der Behörde ad quem oder nach § 80 V 1 beim Gericht der Hauptsache die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen und dadurch vorläufigen Rechtsschutz gegenüber der Bautätigkeit des Bauherrn erlangen.

c) Zweifelhaft ist aber, ob es auf Grund der Rechtsstellung des Bauherrn im Widerspruchsverfahren vertretbar ist, daß ihm bei Beginn des Verfahrens die Bauerlaubnis bereits vorläufig entzogen ist.⁷³⁾ Der Bauherr müßte eine dem Beigeladenen ähnliche Beteiligtenstellung innehaben, damit er Gelegenheit hätte, die Entscheidung der Behörde herbeizuführen, die seinem Interesse entspricht. Der Bauherr ist aber nicht am Widerspruchsverfahren beteiligt, weil das Widerspruchsverfahren keine Beiladung kennt⁷⁴⁾. Allenfalls ist dem Bauherrn ein Anhörungsrecht gewährt⁷⁵⁾.

Wie bedenklich das ist, zeigt ein Vergleich mit der Regelung im Verwaltungsprozeß. Dort bindet das stattgebende Anfechtungsurteil den Bauherrn nach den §§ 121, 63 Ziff. 3 nur, wenn er beigeladen worden ist, wenn er also als beteiligter auf den Prozeßverlauf Einfluß nehmen konnte. Ist er nicht beigeladen worden, obwohl die Beiladung notwendig ist^{76/77)}, dann ist das Urteil wirkungslos⁷⁸⁾.

73) vgl. Fromm, BB 1962 S. 986 sub 2; DVBl. 1962 S. 803 sub 3; DVBl. 1963 S. 565.

74) Redeker-v.Oertzen, § 65 RdNr. 11; Schunck-De Clerck, § 66 1c; die analoge Anwendung des § 65 ist durch § 71 ausgeschlossen.

75) Das wird man aus § 71 im Hinblick auf Art. 103 GG ableiten müssen.

76) vgl. oben S. 87 Anm. 57.

77) Irrig Fromm, a.a.O., der meint, die Beiladung des Bauherrn im Prozeß könne keine notwendige sein, wenn bereits der SE gegenüber dem Bauherrn wirke. Fromm übersieht, daß der SE nur vorläufig wirkt und noch nichts dafür ergibt, daß das Urteil den Bauherrn endgültig bindet.

78) ebenso BVerwG - MDR 1964 S. 619; VerwRspr. 16 S. 117 (118 sub 3); Redeker-v.Oertzen, § 65 RdNr. 18; Dörffler, S. 18 Anm. 66.

Wenn aber der Richter dem Bauherrn die Bauerlaubnis nur endgültig entziehen kann, wenn er den Bauherrn beteiligt hat, dann ist es kaum vertretbar, daß der SE des Nachbarn dem Bauherrn die Bauerlaubnis vorläufig entzieht, ohne daß der Bauherr im anschließenden Widerspruchsverfahren beteiligt ist⁷⁹⁾.

d) Darüber hinaus gerät der vorläufige Rechtsschutz des Bauherrn bei absoluter Unwirksamkeit der Bauerlaubnis in folgendes Dilemma: Ordnet die Behörde die sofortige Wirksamkeit der Bauerlaubnis nach § 80 II Nr. 4 nicht an⁸⁰⁾, dann bleibt die Erlaubnis auf Verfahrensdauer unwirksam und der Bauherr darf bis zur Rechtskraft des Urteils⁸¹⁾ nicht bauen. Denn nach § 80 V kann der Bauherr nicht die vorläufige Wirksamkeit der Bauerlaubnis erreichen, weil das Gericht nach dieser Vorschrift ausdrücklich nur gegenüber der behördlichen Anordnung und nur durch Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Rechtsschutz gewähren darf⁸²⁾. Die behördliche Anordnung gemäß § 80 II Nr. 4 ist aber nicht ergangen und der Bauherr begehrt auch nicht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, sondern die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit vom Gericht. Dazu aber ist das Gericht nicht befugt. Auch durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 kann der Bauherr nicht die vorläufige Wirksamkeit der Bauerlaubnis erreichen. Denn eine derartige einstweilige Anordnung hätte die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung zum Gegenstand und verstieße damit gegen § 123 V, wonach § 123 nicht für die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gilt⁸³⁾.

Mit diesem Ergebnis kann man sich nicht abfinden, auch wenn man berücksichtigt, daß die Bauerlaubnis nicht nur den Bauherrn, sondern auch den Nachbarn betrifft. Zwar müßten wegen der Doppelwirkung der dispensierenden Bauerlaubnis Ungereimtheiten beim vorläufigen Rechts-

79) § 12 IIEVwVerfG 1963 will eine mittelbare Verpflichtung der Behörde, den Bauherrn zu beteiligen, begründen; vgl. Rietdorf, S. 301.

80) Diesen Fall übersieht Schäfer, S. 849 sub IV.

81) Der dritten Instanz!

82) Wenn der Rechtsbehelf wie im vorliegenden Fall aufschiebende Wirkung hat.

83) vgl. oben S. 83.

schutz des Bauherrn hingenommen werden. Aber es kann nicht richtig sein, daß der Bauherr keinen vorläufigen Rechtsschutz beim Richter findet, sondern dem Rechtsbehelf des Nachbarn und der Untätigkeit der Behörde auf Verfahrensdauer ausgeliefert ist.

e) Es ist deshalb zu prüfen, ob der Bauherr die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit durch eine Verpflichtungsklage^{84/85)} erzwingen kann. Erörterungen hierzu fehlen, da im Regelfall der Anfechtung eines belastenden VAs die behördliche Anordnung nach § 80 II Nr. 4 den Bürger belastet, so daß eine Klage auf Erlass dieser Anordnung nicht in Betracht kommt. Dafür hat der Anfechtende im Regelfall ein Interesse an der Beseitigung der behördlichen Anordnung. Doch die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen die Anordnung nach § 80 II Nr. 4 wird einhellig mit der Begründung verneint, § 80 V schließt eine besondere Anfechtungsklage aus⁸⁶⁾. Daraus ist aber nichts gegen die Verpflichtungsklage herzuleiten, da das Gericht nach § 80 V 1 die Behörde nicht zur Anordnung der sofortigen Wirksamkeit verpflichten kann, § 80 V 1 mithin keinen "Ersatz" für die Verpflichtungsklage enthält.

Bedenklich aber ist, daß mit dieser Verpflichtungsklage die Verurteilung der Behörde zu einer vorläufigen Regelung erzwungen würde. Das typische Rechtsschutzinstitut wäre hier die einstweilige Anordnung nach § 123, die aber durch § 123 V ausgeschlossen ist. Die Verpflichtungsklage wäre daher genau genommen ein Institut zur Umgehung des § 123 V.

Zweifelhaft ist ferner, ob die Verpflichtungsklage dem Bauherrn Erfolg bringt. Der Erlass der Anordnung nach § 80 II Nr. 4 liegt teilweise im Ermessen der Behörde. Während die Frage, ob die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten liegt, eine Rechtsentscheidung erfordert⁸⁷⁾

84) Antrag: die Behörde zur AO der sofortigen Wirksamkeit zu verpflichten.

85) Die AO ist ein VA: Menger, *VerwArch* 1963 S.399 mit Nachweisen.

86) De Clerck, *NJW* 1961 S. 2235 sub 3 a; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 23; Klinger, § 80 C 4 K; Ule, § 80 I 3 (S. 277).

87) OVG Münster, *NJW* 1962 S. 2077; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 28 Koehler, § 80 B IV 3 a; Löwer, *DÖV* 1963 S. 174 sub V.

hat die Behörde nach Bejahung dieser Frage Handlungsermessen⁸⁸⁾. Sie kann, aber sie muß nicht die Anordnung nach § 80 II Nr. 4 erlassen. Sie muß die Anordnung nur dann erlassen, wenn jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre. Das aber ist nicht schon immer der Fall, wenn die Anordnung im überwiegenden Interesse des Bauherrn liegt. Denn dann hätte die Behörde bei der zweiten Alternative des § 80 II Nr. 4 kein Ermessen mehr. Die Verpflichtungsklage kann daher nur in Ausnahmefällen Erfolg haben, etwa wenn der Rechtsbehelf des Nachbarn offensichtlich unbegründet ist.

Schließlich ist zu bezweifeln, daß die Verpflichtungsklage dem Bauherrn schnellen Erfolg bringt. Das stattgebende Verpflichtungsurteil darf nach § 167 II nur im Kostenpunkt, nicht in der Hauptsache für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Damit hat es die Behörde in der Hand, sich durch die Einlegung eines Rechtsmittels der Verpflichtung, die sofortige Wirksamkeit anzuordnen, vorläufig zu entziehen. Hinzu kommt, daß der Nachbar im Prozeß zwischen Bauherrn und Behörde notwendig Beizuladender ist⁸⁹⁾. Da der notwendig Beigeladene selbständig Rechtsmittel einlegen darf⁹⁰⁾, kann er die Rechtskraft des Verpflichtungsurteils verhindern, selbst wenn die Behörde das Urteil hinnehmen will.

Angesichts dieser Bedenken gegen die Verpflichtungsklage wird man nicht bestreiten können, daß sie dem Bauherrn kaum vorläufigen Rechtsschutz zu bringen vermag, selbst wenn sie zulässig sein sollte.

2. Da die absolute Wirksamkeitshemmung als Rechtsfolge des SEs beim vorläufigen Rechtsschutz zu Schwierigkeiten führt, ist eine relative Unwirksamkeit zu erwägen, die auf das Verhältnis zwischen Behörde und Nachbarn beschränkt ist. Diese Ansicht hat, soweit ich sehe, bisher nur De Clerck⁹¹⁾ vertreten⁹²⁾.

88) OVG Koblenz, NJW 1962 S. 2318; OVG Münster, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, a.a.O.

89) § 65 II. 90) §§ 124 I, 132 I 1, 63.

91) NJW 1961 S. 2234 sub 1 e. Seine Zitate in Anm. 11 lassen die Vermutung aufkommen, daß er den SE des § 80 I mit der Rechtskraftthemmung verwechselt; vgl. oben S. 78 f.

92) Zu der Annahme Schäfers, S. 847, Koehler und Schunck-De Clerck vertreten diese Ansicht, vgl. oben S. 78.

a) Bei dieser Konstruktion bliebe der Bauherr von der aufschiebenden Wirkung verschont, für ihn wäre die Bauerlaubnis weiterhin wirksam. Hier beginnen logische Bedenken, die in der Natur der janusköpfigen VAE begründet liegen: die Begünstigung des Bauherrn ist das spiegelbildliche Gegenstück zur Belastung des Nachbarn. Der Dispens begünstigt den Bauherrn durch Freistellung vom materiellen Baurecht und schränkt durch eben diese Freistellung den Rechtskreis des Nachbarn ein. Solange also der Bauherr begünstigt ist - und das wäre bei relativer Unwirksamkeit, die auf das Verhältnis zwischen Nachbar und Behörde beschränkt ist, der Fall - ist der Nachbar denknotwendig belastet. Das aber heißt, daß sich die Begünstigung gedanklich nicht von der Belastung trennen läßt⁹³⁾. Die Figur der relativen Unwirksamkeit⁹⁴⁾ ist daher hier nicht zu verwenden.

b) Unterstellt man die relative Unwirksamkeit, dann bleibt die Bauerlaubnis für den Bauherrn wirksam und den Bauarbeiten steht nichts im Wege. Damit aber bringt die relative Wirksamkeitshemmung dem Nachbarn keinen vorläufigen Rechtsschutz: ein SE mit diesem Inhalt verfehlt also sein Ziel. Zusammen mit den logischen Bedenken gegen die relative Wirksamkeitshemmung zwingt diese Überlegung zur Ablehnung eines SEs, der auf das Verhältnis zwischen Behörde und Nachbarn beschränkt ist.

III.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob VL und WL bei der Schadenshaftung zu angemessenen Ergebnissen führen. Wenn nämlich die Bauarbeiten auf Grund des Rechtsbehelfs des Nachbarn eine zeitlang ruhen, dann erwächst dem Bauherrn daraus in aller Regel ein Schaden, da sich mit der Beziehbarkeit des Hauses auch die Entstehung der Rendite verzögert. Unterliegt nun der Nachbar im Anfechtungsprozeß, dann steht der Bauherr vor der Frage, ob und bei wem er seinen Schaden liquidieren kann.

93) Heintze, S. 1433. Deshalb kann das Anfechtungsurteil nur einheitlich für Nachbarn und Bauherrn ergehen und deshalb ist bei der Erlaubnisanfechtung der Bauherr notwendig beizuladen (§ 65 II).

94) vgl. §§ 135, 136, 683 II ABG, wo aber die Begünstigung des einen Rechtssubjekts nicht zugleich die Belastung des anderen ist.

1. bei Zugrundelegung der VL erfolgte die Einstellung der Bauarbeiten, weil das Gericht der Behörde durch einstweilige Anordnung aufgab, die Bauarbeiten zu unterbinden und die Behörde danach handelte. Antragsteller der einstweiligen Anordnung war der Nachbar, Antragsgegnerin die Behörde und notwendig Beigeladener⁹⁵⁾ der Bauherr. Unterliegt der Nachbar im Anfechtungsprozeß, dann ist zu klären, ob der Bauherr den Nachbarn auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, weil der Nachbar die einstweilige Anordnung erwirkt hat.

Eine Verschuldenshaftung ist - abgesehen von den seltenen Fällen des § 826 BGB - nicht gegeben, weil der Nachbar sich nur mit dem zulässigen Prozeßinstitut der einstweiligen Anordnung zur Wehr gesetzt hat und darin ein Verschulden⁹⁶⁾ gegenüber dem Bauherrn⁹⁷⁾ nicht gesehen werden kann. Deshalb bleibt als Anspruchsgrundlage nur § 945 ZPO übrig, auf den § 123 III verweist. Gemäß § 945 ZPO ist die Partei, welche die einstweilige Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn sich die Anordnung als ungerechtfertigt erweist. Der Antragsteller braucht also nur seinem Gegner den Schaden zu ersetzen. Fraglich ist, ob der Bauherr als notwendig Beigeladener im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren als "Gegner" des Nachbarn im Sinne des § 945 ZPO angesehen werden kann.

a) Der BGH⁹⁸⁾ verneint diese Frage. Er führt zur Begründung aus⁹⁹⁾, als "Gegner" sei nur der anzusehen, gegen den sich nach der Absicht des Antragstellers und des Gerichts die Anordnung richte. Das sei nur die Behörde und nicht der Bauherr, auch wenn im Ergebnis der Bauherr durch die Unterbindung der Bauarbeiten getroffen sei. Der Bauherr sei Drittbeteiligter geblieben. Denn als Beigeladenem stehe es ihm frei, wie er im Rahmen des Verfahrens seine Interessen wahrnehme. Anerkanntermaßen könne sich die sachliche Entscheidung

95) vgl. oben S. 87 Anm. 57, S. 94 Anm. 93.

96) Fraglich ist schon, ob ein rechtswidriges Verhalten des Nachbarn vorliegt.

97) Allenfalls trifft den Nachbarn ein Verschulden "gegen sich selbst".

98) BGH, DVBl. 1962 S.217 ff; ebenso im Ergebnis Sellmann, NJW 1964 S. 1549.

99) BGH, a.a.O., S. 219.

des Verwaltungsgerichts nur über den Streit zwischen Kläger und Beklagtem verhalten und nicht auch dem Beigeladenen etwas zu- oder abverkennen¹⁰⁰⁾.

Ferner meint der BGH¹⁰⁰⁾, eine Haftung des Nachbarn gegenüber dem beigeladenen Bauherrn verbiete sich umso mehr, als die Beiladung von Amts wegen oder auf Antrag des Bauherrn erfolgen könne. Es könne also zu einer Beiladung kommen, deren sich der Nachbar nicht zu versehen brauche. Eine Schadenshaftung dem beigeladenen Bauherrn gegenüber würde dadurch über das Risiko hinausgehen, wie es § 945 ZPO den Antragsteller, der eine einstweilige Verfügung gegen seinen Streitgegner ausbringe, tragen lasse und berechtigterweise auch nur darum tragen lassen könne, weil der Antragsteller wisse, von wessen Seite er sich auf Schadensersatzansprüche gefaßt machen müsse, und weil er solche Ansprüche bei seinem Vorgehen in Betracht ziehen könne.

b) Dieser BGH-Entscheidung ist nicht zu folgen. Die Stellung des Bauherrn ist dadurch gekennzeichnet, daß er gemäß § 65 II notwendig beigeladen und damit am Verfahren beteiligt werden muß. Zweifel darüber, ob der Bauherr am Verfahren beteiligt wird, können daher beim Nachbarn nicht entstehen. Entgegen der Ansicht des BGH wird also durch die Anwendung des § 945 ZPO auf das Verhältnis Nachbar-Bauherr dem Nachbarn keine Haftung aufgebürdet, deren er sich bei der Beantragung der einstweiligen Anordnung "nicht zu versehen brauchte"¹⁰¹⁾. Wäre die Ansicht des BGH richtig, dann wäre der Nachbar in wohl einmaliger Weise ohne Haftungsrisiko, da bei der Behörde als "Gegner" in aller Regel kein Schaden entsteht.

Es trifft ferner nicht zu, daß der notwendig beigeladene Bauherr nur "Dritter" im verwaltungsgerichtlichen Anordnungs- oder Urteilsverfahren ist. Zwar fehlen dem Bauherrn einige "Partei"befugnisse¹⁰²⁾ und er ist nach dem Rubrum nicht Antragsgegner oder Beklagter und

100) BGH, a.a.O., S. 219 f. 101) Redeker, DVBl. 1962 S. 220.

102) Er kann den Streitgegenstand nicht verändern und nicht verhindern, daß die "Parteien" den Prozeß durch Klagrücknahme, Vergleich oder Erledigterklärung beenden; vgl. Schunck-De Clerck, § 66 4 a.

im Tenor der gerichtlichen Entscheidung kann ihm grundsätzlich¹⁰³⁾ nichts zu- oder abgesprochen werden. Insoweit hat der BGH Recht. Aber die verfahrensrechtliche Stellung des Bauherrn ist der des zivilprozessualen Gegners stark angenähert. Das zeigen die Vorschriften der §§ 65 II, 121. Wenn danach - weil ein Fall der notwendigen Beiladung gegeben ist¹⁰⁴⁾ - das Kassationsurteil gegenüber Nachbarn und Bauherrn nur einheitlich ergehen kann und deshalb die materielle Rechtskraft des Urteils auf den Bauherrn erstreckt wird, dann heißt das, daß die Bauerlaubnis auch gegenüber dem Bauherrn kassiert wird, so daß ihm eben doch etwas aberkannt wird in dem Verfahren, in dem er nicht beklagter, sondern nur Beigeladener ist¹⁰⁵⁾. Übertragen auf das Anordnungsverfahren nach § 123 bedeutet dies, daß der Bauherr, obwohl nur beigeladen, den Wirkungen der sofort wirksamen einstweiligen Anordnung unterworfen ist. Seine Verfahrensposition ist also nicht günstiger als die der Behörde, die Antragsgegnerin im Sinne des § 945 ZPO ist.

Daß der notwendig beigeladene Bauherr nicht nur "Dritter" im Anordnungs- oder Urteilsverfahren ist, wird besonders augenfällig, wenn seine Beiladung unterblieben ist: dann sind die gerichtlichen Entscheidungen wirkungslos¹⁰⁶⁾. Wäre der Bauherr nur "Dritter", dann wäre diese Rechtsfolge seiner Nichtbeteiligung am Verfahren unerklärlich¹⁰⁷⁾. Die VwGO. unterscheidet bezeichnenderweise in ihren Vorschriften über das gerichtliche Verfahren¹⁰⁸⁾ nicht zwischen Parteien und Dritten, sondern sie spricht einheitlich¹⁰⁹⁾ von "Beteiligten". Wenn man aber bei den Beteiligten zwischen Hauptbetei-

103) Ausnahme: im Kostenpunkt (§ 154 III).

104) Dörffler, S. 17. sub 2; Fromm, DVBl. 1963 S. 565; Obermayer, S. 194; Quaritsch, VerwArch S. 240; vgl. oben S. 94 Anm. 93.

105) Menger, VerwArch 1964 S. 184 Anm. 39; Ähnlich Redeker, DVBl. 1962 S. 220.

106) BVerwG, MDR 1964 S. 619; VerwRspr. 16 S. 117 (118 sub 3); Dörffler, S. 18 Anm. 66; Eyermann-Fröhler, § 65 RdNr. 39; Wü-Ba VGH, VerwRspr. 3 S. 471 (473); Redeker-v.Oertzen, § 65 RdNr. 18.

107) Redeker, a.a.O.

108) Dagegen kennt das Vorverfahren den "Dritten", aber dort gibt es keine Beiladung; vgl. oben S. 90 Anm. 74.

109) "Partei" in § 162 III beruht auf einem Redaktionsversehen; Klinger, S. 321 Fußnote 2.

ligten und einfachen Beteiligten unterscheiden will¹¹⁰⁾, dann gehört der notwendig Beigeladene zu den Hauptbeteiligten¹¹¹⁾.

Ist also die Stellung des notwendig beigeladenen Bauherrn der des zivilprozessualen "Gegners" stark angenähert, so fordert die Identität der Interessenlage des Gegners und des notwendig Beigeladenen die Anwendung des § 945 ZPO. Beim Arrest oder der einstweiligen Verfügung nach der ZPO ist Gläubiger oder Antragsteller ein Privatmann, der in seinem privaten Interesse einen Anspruch sichern läßt. Bei der Anordnung nach § 123 ist ebenfalls ein Privatmann, der Nachbar, der Antragsteller, und er erwirkt in seinem privaten Interesse die einstweilige Anordnung¹¹²⁾. Zivil- wie Verwaltungsrichter beschließen die Eilmaßnahme, indem sie dem Privatinteresse des Antragstellers den Vorrang gegenüber dem Privatinteresse des Gegners bzw. des Beigeladenen geben. Die einstweilige Anordnung wirkt ferner ebenso unmittelbar auf die Rechtsstellung des beigeladenen privaten Bauherrn ein wie die einstweilige Verfügung im Zivilprozeß auf die Rechtsstellung des privaten Gegners¹¹³⁾. Das ist auch Ziel und Zweck der einstweiligen Anordnung, die nur deshalb nicht formell gegen den Bauherrn gerichtet werden kann, weil sie dann keine Amtshandlung zum Gegenstand hätte¹¹⁴⁾.

c) Im Ergebnis ist zu sagen, daß die verfahrensrechtliche Stellung des notwendig beigeladenen Bauherrn der des zivilprozessualen Gegners stark angenähert ist. Die Interessenlagen sind identisch. Will man bei der Anwendung des § 945 ZPO auf das Anordnungsverfahren nach § 123 der verwaltungsprozessualen Besonderheit der Rechtsstellung und der Interessenlage des notwendig beigeladenen Bauherrn gerecht werden, dann muß man ihn als "Gegner" im Sinne des § 945 ZPO

110) Klinger, § 63 B.

111) Quaritsch, VerwArch S. 240 f; Redeker, DVBl. 1962 S. 221.

112) Daraus, daß der Nachbar einen öffentlichrechtlichen Anspruch sichern läßt, folgt nichts gegen die Identität der Interessenlagen, sondern nur der Rechtsweg vor das Verwaltungsgericht.

113) Redeker, a.a.O., und Menger, VerwArch 1964 S. 184 Anm. 39, weisen zutreffend darauf hin, daß die Urteilstwirkungen den Nebenintervenienten - an ihm hat der BGH seine Beurteilung des Beigeladenen spürbar ausgerichtet - nicht unmittelbar, sondern erst im Regreßprozeß treffen.

114) vgl. oben S. 85 f.

ansehen. Deshalb ist ihm der Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO zu gewähren^{115/116)}. Die VL führt damit zur Bejahung der Haftung des Nachbarn¹¹⁷⁾ für Schäden, die dem Bauherrn dadurch entstanden sind, daß die Bauarbeiten geruht haben.

2. bei Zugrundelegung der WL¹¹⁸⁾ kann es in zwei Verfahrenssituationen zur Einstellung der Bauarbeiten gekommen sein: einmal kann die Behörde nach Einlegung des Rechtsbehelfs von der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit gemäß § 80 II Nr. 4 abgesehen haben. Dann war der Bauherr auf Grund der Wirksamkeitshemmung des Rechtsbehelfs vorläufig ohne dispensierende Erlaubnis und mußte deshalb von den Bauarbeiten Abstand nehmen. Zum anderen kann das Gericht die aufschiebende Wirkung nach § 80 V 1 wiederhergestellt haben. Auch dann war der Bauherr vorläufig ohne Erlaubnis und konnte die Bauarbeiten nicht in Angriff nehmen.

a) Zunächst ist zu erwägen, ob der Bauherr den Schaden bei seinem Nachbarn liquidieren kann. Der Bauherr mußte die Bauarbeiten einstellen, weil der Nachbar durch Widerspruch, Anfechtungsklage und seinen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung die Unwirksamkeit der dispensierenden Bauerlaubnis adäquat verursacht hatte¹¹⁹⁾. Eine Verschuldenshaftung des Nachbarn ist - abgesehen von den seltenen Fällen des § 826 BGB - nicht gegeben, da der Nachbar nur von den zulässigen verfahrensrechtlichen Angriffsmitteln Gebrauch gemacht hat und darin ein Verschulden gegenüber dem Bauherrn

115) Zustimmend: Bettermann, JZ 1960 S. 336 Anm. 6; Klinger, § 123 D 1; Redeker, DVBl. 1962 S. 220 f; Redeker-v.Oertzen, § 123 RdNr. 26; ablehnend Lamberg, NJW 1963 S. 2156; Redeker, NJW 1959 S. 750 sub 2 d; Sellmann, NJW 1964 S. 1549.

116) Der Anspruch ist vor dem Zivilgericht geltend zu machen: OLG Hamm, MDR 1959 S. 496, Bettermann, a.a.O.; Redeker-v.Oertzen, a.a.O., RdNr. 27; wohl auch Schunck-De Clerck, § 123 4 d hh.

117) Damit entfällt die Staatshaftung aus Art. 34 GG, § 839 BGB wegen § 839 I 2 BGB.

118) Ich gehe von der absoluten Wirksamkeitshemmung (vgl. oben S. 88 ff) aus, da die relative den Bauherrn nicht erreicht und ihn deshalb auch nicht am Bauen gehindert hat (vgl. oben S. 93 f).

119) Zusammen mit der stattgebenden gerichtlichen Entscheidung nach § 80 V 1.

nicht gesehen werden kann¹²⁰⁾. Deshalb scheiden alle Anspruchsgrundlagen aus, die ein Verschulden des Nachbarn erfordern.

Auch eine Anspruchsgrundlage, die kein Verschulden des Nachbarn voraussetzt, ist nicht gegeben. Insbesondere ist § 945 ZPO nicht anwendbar. § 80 verweist im Gegensatz zu § 123 nicht auf § 945 ZPO und auch der Weg analoger Anwendung ist versperrt. § 123 V, der die Spezialität des § 80 gegenüber der einstweiligen Anordnung nach § 123 statuiert¹²¹⁾, schließt für den vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 u.a. auch § 123 III aus, der die Verweisung auf § 945 ZPO enthält¹²²⁾. Schließlich läßt sich auch nicht aus der generellen Verweisung des § 173 auf die ZPO die Anwendbarkeit des § 945 ZPO herleiten. § 945 ZPO ist, soweit er einen Schadensersatzanspruch begründet, keine "Bestimmung über das Verfahren", sondern eine solche des materiellen Rechts¹²³⁾.

Allenfalls könnte man auf die "gemeinsame institutionelle Wurzel"¹²⁴⁾ von einstweiliger Anordnung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 zurückgehen und damit die Anwendbarkeit des § 945 ZPO begründen. Doch dieser Auslegung steht die positivrechtliche Regelung des § 123 V entgegen. Sie könnte sich nur auf das eine gemeinsame Element der Vorläufigkeit der beiden Rechtsschutzformen des § 80 V und des § 123 I stützen. Außerdem führt sie nicht zur Anwendbarkeit des § 945 ZPO, wenn die Behörde keine Anordnung nach § 80 II Nr. 4 erlassen hat, weil es dann an einer vorläufigen Entscheidung des Gerichts fehlt. Man wird daher § 945 ZPO nicht auf das Verfahren nach § 80 anwenden können¹²⁵⁾. Bei Zugrundelegung der WL kann daher der Bauherr den Schaden, der ihm aus der Verzögerung der Bauarbeiten entstanden ist, nicht bei seinem Nachbarn liquidieren.

120) vgl. noch oben S. 95 Anm. 96.

121) vgl. oben S. 83.

122) OVG Hamburg, NJW 1961 S. 1692 (1693 a.E.); a.A. Sellmann, NJW 1964 S. 1548.

123) Bettermann, JZ 1960 S. 339 sub VI 1.

124) Quaritsch, VerwArch S. 220; Scholz, S. 157.

125) BVerwG, DVBl. 1964 S. 761 (763 f); OVG Hamburg, NJW 1961 S. 1692 (1693 a.E.); Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 62.

b) Damit bleibt zu prüfen, ob der Bauherr den Staat auf Schadenersatz in Anspruch nehmen kann, weil die Behörde keine Wirksamkeitsanordnung nach § 80 II Nr. 4 erlassen oder das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 V 1 wiederhergestellt hat.

In Frage kommt - soweit ersichtlich - nur ein Amtshaftungsanspruch, Art. 34 GG, § 839 BGB. Dieser setzt abgesehen von seinen sonstigen Merkmalen Verschulden voraus. Das aber dürfte bei Unterlassung der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit gemäß § 80 II Nr. 4 praktisch nie gegeben sein. Selbst wenn nämlich der zuständige Beamte irrig das Interesse des Nachbarn an der Einstellung der Bauarbeiten höher veranschlagt haben sollte als das Interesse des Bauherrn an der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit, so würde dieser Beurteilungsfehler bei der Interessenabwägung nach § 80 II Nr. 1²⁶⁾ noch kein Verschulden begründen. Denn ob der Beamte nach der Interessenabwägung die Wirksamkeitsanordnung erläßt oder nicht, das unterliegt seinem Handlungsermessen¹²⁷⁾. Bei Ermessensfehlern aber ist nach der zwar bestrittenen¹²⁸⁾ aber gefestigten und darum für die Praxis maßgeblichen¹²⁹⁾ Rechtsprechung des BGH¹³⁰⁾ nur dann eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung gegeben, wenn der Beamte willkürlich oder in so hohem Maße fehlerhaft gehandelt hat, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen unvereinbar ist. Das aber wird bei Unterlassung der Wirksamkeitsanordnung kaum jemals der Fall sein.

Auch wenn das Gericht nach § 80 V 1 die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt hat, und die Bauarbeiten auf Grund des Richterpruchs geruht haben, ist die Staatshaftung nach Art. 34 GG in aller Regel nicht gegeben. Dann nämlich greift das Spruchrichterprivileg des § 839 II BGB ein: selbst wenn also die Richter des Ver-

126) Insoweit handelt es sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, also kein "beurteilungsermessen": Koehler, § 80 B IV 3 a; Klinger § 80 C 4 g.

127) OVG Koblenz, NJW 1962 S. 2318; OVG Münster, NJW 1962 S. 2077; Eyermann-Fröhler, § 80 RdNr. 28; Löwer, DÖV 1963 S. 174 sub V; vgl. oben S. 92 f.

128) Bettermann, Grundrechte S. 842 f.

129) vgl. BVerwG, VerwRspr. 16 S. 369 (372).

130) BGH, AS 12 S. 206 (208 f); NJW 1955 S. 258 (259); AS 22 S. 258 (263); DRiZ 1962 S. 129; ebenso OLG München, VersR 1957 S. 792; VersR 1957 S. 811.

waltungsgerichts amtspflichtwidrig die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beschlossen hätten, so würden die Richter und an ihrer Stelle der Staat für den Schaden des Bauherrn nur haften, wenn die Pflichtverletzung eine Straftat darstellte, also z.B. Rechtsbeugung im Sinne des § 336 StGB wäre. Das aber wird kaum der Fall, geschweige denn nachweisbar sein.

c) Im Ergebnis kann also der Bauherr bei Zugrundelegung der WL in aller Regel¹³¹⁾ weder beim Nachbarn noch beim Staat seinen Schaden liquidieren, der ihm dadurch entstanden ist, daß er die Bauarbeiten vorläufig einstellen mußte.

IV.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Anfechtung der dispensierenden Bauerlaubnis nach der VL keine aufschiebende Wirkung auslöst, da die privatrechtliche Bautätigkeit des Bauherrn mangels öffentlichrechtlichen Behördenhandelns keine Vollziehung der Bauerlaubnis ist. Dafür finden Nachbar und Bauherr - als notwendig beigeladener - vorläufigen Rechtsschutz nach § 123. Das führt allerdings zur Umkehrung der Feststellungslast im vorläufigen Verfahren.

Nach der WL hat die Anfechtung aufschiebende Wirkung. Geht man von absoluter Unwirksamkeit der Bauerlaubnis aus, dann muß dem Nachbarn in bestimmten Fällen vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 gewährt werden, weil die WL mit dem Verfahren nach § 80 nicht auskommt. Bedenklich ist ferner, daß der Bauherr im Widerspruchsverfahren keine echte beteiligtenstellung innehat. Darüber hinaus ist zugunsten des Bauherrn weder § 80 noch § 123 anwendbar. Auch eine Verpflichtungsklage scheidet aus. Geht man von relativer Unwirksamkeit der Bauerlaubnis aus, so entstehen logische Bedenken. Außerdem bringt ein SE dieses Inhalts dem Nachbarn keinen vorläufigen Rechtsschutz.

Nach der VL kann der Bauherr den Schaden, der ihm durch die Rechtsbehelfe des Nachbarn entsteht, gemäß den §§ 123 VwGO, 945 ZPO bei

131) Ausnahmen denkbar bei § 826 BGB, gröbsten Ermessensfehlern und Rechtsbeugung.

seinem Nachbarn liquidieren. bei Zugrundelegung der WL hat der Bauherr regelmäßig weder gegen seinen Nachbarn noch gegen den Staat einen Schadensersatzanspruch.

8. K a p i t e l

Die Anfechtung der Fahrerlaubnisentziehung

Als letzter Fall wird die Anfechtung einer strafrechtlich sanktionierten Erlaubnisentziehung behandelt. besonders häufig ist heute die Entziehung der Fahrerlaubnis durch die Verwaltungsbehörde gemäß § 4 I Straßenverkehrsgesetz¹⁾ (StVG). Sie ist strafrechtlich sanktioniert: nach § 24 I Nr. 2 StVG wird mit Geldstrafe bis zu zehntausend DM oder mit Gefängnis bis zu zwei Monaten bestraft, wer ein Kraftfahrzeug führt, obwohl ihm die Fahrerlaubnis entzogen ist²⁾. Diese Erlaubnisentziehung ist als Beispielsfall besonders geeignet, weil sie - während des Strafverfahrens - der Strafrichter aussprechen kann³⁾, was zu vergleichender Betrachtung Gelegenheit bietet.

Nach dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der sofortigen Wirksamkeit der Vae⁴⁾ ist dem Betroffenen die Fahrerlaubnis sogleich mit Bekanntgabe der behördlichen Verfügung entzogen. Die Behörde kann ihn daher am Autofahren hindern und den Führerschein entziehen. Gegenüber diesen Folgerungen aus der Entziehung der Fahrerlaubnis gewähren WL und VL gleichermaßen vollkommenen vorläufi-

1) vom 19.12.1952 (BGBl. I S. 837) oder gemäß § 15 b StVZO; § 4 I StVG und § 15 b StVZO sind *leges speciales* zu § 3 I StVZO.

2) Im Entwurf des 2. Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs ist für § 24 StVG folgende Fassung vorgesehen (BT-Drucks. IV Nr. 651 S. 6):
"Mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er die erforderliche Fahrerlaubnis nicht hat ..." Die Problematik wird also bleiben.

3) §§ 42 m StGB, 111 a StPO.

4) vgl. oben S. 10.

gen Rechtsschutz⁵⁾. Zweifelhaft und kaum erörtert⁶⁾ ist dagegen die Frage, ob der Bürger, der nach Einlegung des Rechtsbehelfs autofährt, nach § 24 I Nr. 2 StVG bestraft werden kann. Ist das nach WL oder VL der Fall, dann muß der Bürger aus Furcht vor Strafe vom Autofahren Abstand nehmen, so daß von einem vollkommenen vorläufigen Rechtsschutz keine Rede sein kann.

I.

Der objektive Tatbestand des § 24 I Nr. 2 StVG verlangt, daß der Täter ein Kraftfahrzeug führt, obwohl ihm die Fahrerlaubnis entzogen ist. Sicherlich ist die Fahrerlaubnis "entzogen", wenn der behördliche Entziehungsakt formell rechtskräftig ist. Ob aber dem Täter, der nach Anfechtung aber vor formeller Rechtskraft autofährt, die Fahrerlaubnis "entzogen" ist, stellt sich zunächst als eine Frage der verwaltungsrechtlichen Auslegung dar, da der zu beurteilende Staatsakt ein VA ist.

1. Nach § 4 I StVG muß die Verwaltungsbehörde die Fahrerlaubnis entziehen, wenn sich jemand als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Der zweite Halbsatz des § 4 I StVG besagt, daß die Fahrerlaubnis mit der Entziehung erlischt. Damit scheint klargestellt, daß der Entziehungsakt nach dem Grundsatz der sofortigen Wirksamkeit der VAe seine Gestaltungswirkung mit Bekanntgabe an den betroffenen entfaltet⁷⁾ und nicht erst mit Unanfechtbarkeit wie das Strafurteil⁸⁾. Bei verwaltungsrechtlicher Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG ist die Fahrerlaubnis also von der Bekanntgabe der behördlichen Verfügung an "entzogen"⁹⁾.

2a) Legt der Bürger gegen die Entziehung Widerspruch ein, und erhebt er anschließend Anfechtungsklage, so hemmt der SE des § 80 I

5) Schäfer, S. 848. Der SE der WL suspendiert die Wirksamkeit der Verfügung und damit mittelbar die Folgerungen; der SE der VL suspendiert nur die Folgerungen und zwar unmittelbar; vgl. oben S. 62.

6) Ansätze bei Bettermann, MDR 1955 S. 735 sub 3; Schäfer, S. 848; Siegmund-Schultze, S. 747.

7) vgl. aber unten S. 112.

8) § 42 m StGB: "Die Fahrerlaubnis erlischt mit der Rechtskraft des Urteils".

9) Julier, § 24 4 a.

VwGO¹⁰⁾ nach der WL die Entziehung der Fahrerlaubnis in ihrer Wirksamkeit: die Fahrerlaubnis bleibt vorläufig bestehen. Führt der Kläger jetzt auto, so ist ihm die Fahrerlaubnis nicht "entzogen". Er verwirklicht daher nicht den objektiven Tatbestand des § 24 I Nr. 2 StVG.

Bettermann¹¹⁾ hat eingewendet, dieses Ergebnis begründe für den Betroffenen eine unwiderstehliche Versuchung zu unbegründeter Anfechtung. Aber bei offensichtlich unbegründeter Anfechtung kann die Behörde die sofortige Wirksamkeit des Entziehungsaktes gemäß § 80 II Nr. 4 anordnen¹²⁾. Dann tritt die belastende Gestaltungswirkung erneut ein und dem Betroffenen ist die Fahrerlaubnis "entzogen". Er macht sich nach § 24 I Nr. 2 StVG strafbar, wenn er jetzt autofährt. Stellt das Gericht die aufschiebende Wirkung nach § 80 V 1 wieder her, dann besitzt der Kläger die Fahrerlaubnis¹³⁾ und kann autofahren, ohne eine Bestrafung nach § 24 I Nr. 2 StVG befürchten zu müssen.

b) Der Anfechtungskläger kann aber bei verwaltungsrechtlicher Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG wegen des Autofahrens während der Suspension bestraft werden, wenn er den Anfechtungsprozeß verloren hat. Denn dann ist der Entziehungsakt ex tunc wirksam geworden, so daß der Kläger bei Betrachtung ex post autogefahren ist, obwohl ihm die Fahrerlaubnis entzogen war. Auch der subjektive Tatbestand des § 24 I Nr. 2 StVG wäre verwirklicht. Der Kläger hielt es bei Tatbegehung für möglich, daß er den Anfechtungsprozeß verliert und fuhr trotzdem, handelte also mindestens mit dolus eventualis.

10) § 5 I StVG ist durch die früheren Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder gegenstandslos geworden (OVG Münster, DVbl. 1951 S. 225 (226); VG Stuttgart, NJW 1951 S. 776; Guelde, Kraftverkehrsrecht, Fahrerlaubnis, Entziehung, Bl. 31 f; Müller, § 5 StVG C I c = S. 195 f; a.A. anscheinend BGH, DAR 1963 S. 20 a. E., 21) und durch § 195 II VwGO formell aufgehoben (Floegel-Hartung, § 5 StVG RdNr. 1).

11) MDR 1955 S. 735 sub 3.

12) Das folgt aus der Verpflichtung des Gerichts, bei offensichtlich unbegründeter Klage die Aussetzung nach § 80 V 1 abzulehnen; vgl. Redeker-v.Oertzen, § 80 RdNr. 35; Schunck-De Clerck, § 80 5 b mit Nachweisen.

13) VG Darmstadt, B.v. 19.6.1962 - IV 369/62 - S. 8 f (unveröffentlicht).

Die Aussicht, nach Unterliegen im Anfechtungsprozeß gemäß § 24 I Nr. 2 StVG bestraft zu werden¹⁴⁾, wird den Kläger vom Autofahren während der Suspension abhalten. Denn der vernünftige Kläger geht das Risiko strafgerichtlicher Verurteilung nicht ein. Zwingt die Behörde also mit Hilfe der Strafdrohung des § 24 I Nr. 2 StVG dem Kläger trotz aufschiebender Wirkung ihren Willen auf, so gewährt der SE der WL keinen vollkommenen vorläufigen Rechtsschutz gegenüber der Entziehung der Fahrerlaubnis.

3a) Geht man von der VL aus, dann berührt der SE nicht die Wirksamkeit des Entziehungsaktes. Die Fahrerlaubnis bleibt dem Bürger also trotz aufschiebender Wirkung "entzogen"¹⁵⁾. Deshalb verwirklicht der Betroffene den objektiven Tatbestand des § 24 I Nr. 2 StVG, wenn er während der Suspension autofährt¹⁶⁾. Auch die subjektive Tatseite des § 24 I Nr. 2 StVG ist gegeben. Der Kläger weiß, daß er ohne Erlaubnis fährt oder nimmt es im Zweifel in Kauf, handelt also mindestens mit dolus eventualis. Seine Hoffnung, den Anfechtungsprozeß zu gewinnen, läßt seinen Vorsatz unberührt. Der Kläger kann also nach § 24 I Nr. 2 StVG bestraft werden.

Quaritsch¹⁷⁾ will dieses mißliche Ergebnis dadurch vermeiden, daß er die strafgerichtliche Verurteilung zur suspendierten Vollziehung rechnet. Doch damit würde der Strafrichter zum Hilfs- und Vollzugsorgan der Behörde degradiert und die Vollzugswirkung mit der Gestaltung identifiziert. Läßt sich also die Bestrafung des Klägers mit Hilfe des Vollziehungsbegriffs nicht ausschließen¹⁸⁾, so ver-

14) Außerdem steht der Versicherungsschutz auf dem Spiel: nach § 3 Nr. 2 AÜB sind Unfälle, die der Versicherte bei Ausübung eines Vergehens (§ 24 I Nr. 2 StVG) erleidet, von der Versicherung ausgeschlossen und nach § 2 Ziff. 2 c AKB ist der Versicherer beim Fahren ohne Fahrerlaubnis von der Verpflichtung zur Leistung frei, wobei Fahrerlaubnis im gesetzestechnischen Sinne zu verstehen ist; vgl. BGH, NJW 1962 S. 2104.

15) Dasselbe gilt nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht gemäß § 80 V 1. Denn der Gerichtsbeschluß hemmt ebenso wie der SE des § 80 I nur die Vollziehbarkeit des VAs.

16) Schäfer, S. 848. 17) Diss. S. 163 f.

18) Ebenso Siegmund-Schultze, S. 747, der mit Recht annimmt, daß auch die Anklage der StA keine Vollziehung ist.

schaft die VL dem Betroffenen im Gegensatz zur WL keine Suspension der Strafbarkeit nach § 24 I Nr. 2 StVG.

b) Dafür vermeidet die VL die Bestrafung des Klägers nach erfolgreicher Anfechtung. Das stattgebende Anfechtungsurteil wirkt auf den Zeitpunkt der bekanntgabe der Erlaubnisentziehung zurück und hebt sie in diesem Zeitpunkt auf. Damit stellt sich bei Betrachtung ex post heraus, daß dem Kläger während der Suspension die Fahrerlaubnis nicht "entzogen" war, der objektive Tatbestand des § 24 I Nr. 2 StVG also nicht verwirklicht ist¹⁹⁾.

4. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß bei verwaltungsrechtlicher Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG weder die WL noch die VL zu einer praktikablen Lösung führen. Allerdings ist hervorzuheben, daß die VL den größeren Bedenken begegnet, weil sie keine Suspension der Strafbarkeit hervorruft.

II.

Die mißlichen Ergebnisse der WL und VL berechtigen zu dem Zweifel, daß § 24 I Nr. 2 StVG streng verwaltungsrechtlich auszulegen ist. Der Charakter des § 24 I Nr. 2 StVG als Strafnorm zwingt vielmehr zur einschränkenden Auslegung.

1. Die aufschiebende Wirkung der WL gewährt keinen vollkommenen vorläufigen Rechtsschutz, weil der Betroffene befürchten muß, nach seinem Unterliegen im Anfechtungsprozeß gemäß § 24 I Nr. 2 StVG bestraft zu werden. Die Strafbarkeit beruht darauf, daß die Entziehung der Fahrerlaubnis mit der Klagabweisung rückwirkend wirksam wird, so daß der Kläger bei Betrachtung ex post autogefahren ist, obwohl ihm die Fahrerlaubnis entzogen war.

a) Dieses Ergebnis kann die WL dadurch vermeiden, daß sie die verwaltungsrechtliche Fiktion der rückwirkenden Tatbestandsverwirkli-

19) Sollte der subjektive Tatbestand verwirklicht sein, so liegt kein strafbarer untauglicher Versuch vor. § 24 StVG ahndet ein Vergehen (§ 1 II StGB), dessen Versuch nicht strafbar ist (§ 43 II StGB).

chung für die Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG nicht übernimmt²⁰⁾. Bei Beantwortung zivilrechtlicher Vorfragen kommt es für den Strafrichter allein auf die Rechtslage zur Zeit der Tat an²¹⁾: der rückwirkende Eigentumserwerb der gestohlenen Sache durch den Dieb beseitigt nicht den Tatbestand des § 242 StGB, so wenig wie ihn der rückwirkende Eigentumsverlust begründet. Zur Behandlung zivilrechtlicher Vorfragen kann die WL die verwaltungsrechtliche Parallele ziehen²²⁾ und die Frage, ob die Fahrerlaubnis "entzogen" ist, allein nach der Rechtslage zur Zeit des Autofahrens beantworten. Dann ermöglicht die Rückwirkung des klagabweisenden Anfechtungsurteils dem Strafrichter nicht die Feststellung, daß dem Täter im Zeitpunkt der Tat die Fahrerlaubnis "entzogen" war. Damit wäre die Bestrafung des erfolglosen Anfechtungsklägers vermieden.

b) Braucht der Kläger nicht zu befürchten, nach erfolgloser Anfechtung bestraft zu werden, so ist er nicht gehindert, während der Suspension autozufahren. Damit führt die WL bei der Anfechtung der Entziehung der Fahrerlaubnis zu einer praktikablen Lösung.

2. Die aufschiebende Wirkung der VL gewährt keinen vollkommenen vorläufigen Rechtsschutz, weil sie die Wirksamkeit des Entziehungsaktes unberührt läßt. Damit bleibt die Fahrerlaubnis trotz Anfechtung im Sinne des § 24 I Nr. 2 StVG "entzogen", so daß der Betroffene bestraft werden kann, wenn er während der Suspension autofährt. Es ist aber zu prüfen, ob der verwaltungsrechtliche Grundsatz, daß die Fahrerlaubnis schon mit Bekanntgabe der behördlichen Verfügung "entzogen" ist, für die Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG übernommen werden muß. Denn die Anwendung dieses Grundsatzes führt bei § 24 I Nr. 2 StVG zu den mißlichen Ergebnissen der VL.

20) Ebenso im Ergebnis Siegmund-Schultze, S. 747.

21) Das ist seit Bruns Schrift von 1938 "Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken" ausgetragen.

22) Das ist keine Anwendung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots (Art. 103 II GG, § 2 StGB), wie Siegmund-Schultze, a.a.O., meint. Das Verbot schließt lediglich den Einfluß späterer Rechtsänderungen auf die strafrechtliche Beurteilung der Tat aus (Maunz-Dürig, Art. 103 RdNr. 109). Es verhindert, daß der Täter nachträglich mit Strafe überfallen wird (Maurach, S. 102). Das Fahren trotz Entzugs der Fahrerlaubnis war aber schon während der Suspension strafbar.

a) Rechtsprechung²³⁾ und Literatur²⁴⁾ nehmen an, daß die Fahrerlaubnis noch nicht mit Bekanntgabe der behördlichen Verfügung an den Betroffenen "entzogen" ist, sondern bejahen die "Entziehung" grundsätzlich erst nach Unanfechtbarkeit der Verfügung. betritten ist lediglich, ob die Fahrerlaubnis ausnahmsweise auch nach Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 II Nr. 4 "entzogen" ist^{25/26)}. Nach allgemeiner Ansicht findet also der verwaltungsrechtliche Grundsatz, daß die Fahrerlaubnis schon mit Bekanntgabe der behördlichen Verfügung "entzogen" ist, bei der Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG keine Anwendung.

b) Begründet wird diese Ansicht damit, daß der Anfechtung aufschiebende Wirkung zukommt²⁷⁾. Man meint also, der Gesetzgeber bringe dadurch, daß er die Anfechtung zuläßt und dem Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung beilegt, zum Ausdruck, daß der VA seine Gestaltungswirkung erst mit Unanfechtbarkeit entfalten solle²⁸⁾. Diese Begründung, die im Schrifttum zum StVG eine gewisse Tradition besitzt²⁹⁾,

23) OLG Karlsruhe, NJW 1957 S. 508, in einem obiter dictum; LG Köln, MDR 1952 S. 440; OLG Neustadt, NJW 1961 S. 2320 für den gleichliegenden Fall nach § 15 b StVZO.

24) Floegel-Hartung, § 24 StVG RdNr. 4; Guelde, S. 66; Kraftverkehrsrecht, Führerschein, Fahren ohne Führerschein Bl. 3 sub II 1 aa, Bl. 4 sub III 2 a bb; Fahrerlaubnis, Entziehung, Bl. 30 R sub b; Lütkes, (1. Band) Kennziffer 1 Bl. 46 sub 3, (5. Band) Kennziffer 1 Bl. 7 sub 15; Nüsse-Merkel, § 4 5; wohl auch Mittelbach, S. 440 f; unklar Müller, § 24 StVG A II a 1 und b und § 5 StVG C I c; a.A. Julier, § 24 a.

25) Verneinend OLG Karlsruhe, a.a.O.; LG Köln, a.a.O.; Mittelbach, a.a.O.

26) Die wichtige Frage, ob eine "Entziehung" nach Ergehen eines Beschlusses gemäß § 80 V 1 vorliegt, wird allgemein übersehen.

27) OLG Karlsruhe, NJW 1957 S. 508; Lütkes, a.a.O.; wohl auch BGH, DAR 1963 S. 20 a.E., 21.

28) vgl. oben S. 54 Anm. 12.

29) Als die Rechtsbehelfe gegen die Entziehung nach § 5 KFG vom 3. 5. 1909 (RGBl. I S. 437) keinen SE besaßen, folgerte man aus dem Fehlen der aufschiebenden Wirkung, daß die Entziehung sofort wirksam werde (vgl. Kichner, § 4 3; Isaac, § 4 6 e mit § 24 II 2; Neukirch-Rosenmeyer, § 5 4; Eger, § 24 161 (S. 505)). Nach der Novelle vom 21. 7. 1923 (RGBl. I S. 743) - sie verlieh dem Rechtsbehelf SE, falls die Behörde ihn nicht bei Erlass des VAS ausgeschlossen hatte - war man fast einhellig der Ansicht, die Entziehung werde erst mit Rechtskraft wirksam, wenn die Behörde nicht die sofortige Vollziehung angeordnet hatte (vgl. Schoorv.-Unruh-Galle, S. 13; Conrad, § 5 3; Grau, S. 5; Oberländer-Bezold, S. 187; Müller (1. Aufl.) § 5 C I 1 a, § 24 II a 3; Krug-Rindermann, § 5 4; § 24 1 b; Floegel (3. Aufl.) § 5 3; a.A. nur Techner S. 130).

kann angesichts des § 80 I 2 nicht mehr überzeugen. Denn nach § 80 I 2 kommt der Anfechtung grundsätzlich aller rechtsgestaltenden VAe aufschiebende Wirkung zu und trotzdem tritt die Gestaltungswirkung der VAe unstreitig schon mit Bekanntgabe an den Betroffenen ein.

c) Die Annahme, daß die Fahrerlaubnis erst mit Unanfechtbarkeit der behördlichen Verfügung im Sinne des § 24 I Nr. 2 StVG "entzogen" ist, muß vielmehr mit anderen Gesichtspunkten begründet werden: damit, daß § 24 I Nr. 2 StVG Verkehrsgefährdungen bestraft und die Entziehung der Fahrerlaubnis die Gefährlichkeit des Fahrens für den Strafrichter indiziert.

§ 24 I Nr. 2 StVG sichert strafrechtlich den § 4 I StVG ab, wonach die Behörde die Fahrerlaubnis zu entziehen hat, wenn sich jemand als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Da die Behörde nach § 4 I StVG die Fahrerlaubnis nur zum Schutz der Verkehrsgemeinschaft entziehen und deshalb nur solche Mängel berücksichtigen darf, die eine Gefährdung der Verkehrssicherheit befürchten lassen³⁰⁾, dient § 4 I StVG ebenso wie die §§ 42 m StGB, 111 a StPO³¹⁾ der Verhütung von Verkehrsgefährdungen³²⁾.

Daraus wird man folgern müssen, daß § 24 I Nr. 2 StVG als entsprechende Strafnorm nicht nur eine "Ordnungswidrigkeit"³³⁾ ahndet, sondern eine Gefährdung des Straßenverkehrs bestraft³⁴⁾. Ob der Täter

30) BGHSt AS 7 S. 165 (171); Floegel-Hartung, § 4 StVG RdNr. 3 und 4 (S. 1413).

31) Die Vorschriften enthalten unstreitig eine präventive Sicherheitsmaßregel.

32) Julier, § 4 A 2, B 14.

33) in dem Sinne, daß der Täter der Staatsgewalt nicht gehorcht, weil er entgegen dem - in der Entziehung der Fahrerlaubnis liegenden - Fahrverbot autofährt. Diese "Ordnungswidrigkeit" wäre mit der geplanten Erhöhung des Strafmaßes auf das Sechsfache (vgl. oben S. 103 Anm. 2) unvereinbar, die der Gesetzgeber zur Bekämpfung der Verkehrsgefahren (!) und Stärkung der Autorität der gerichtlichen (!) Entscheidungen für geboten hält; vgl. BT-Drucks. IV Nr. 651 S. 38.

34) vgl. Bettermann, Gutachten S. 111 sub VII 3 lit. a und b; kritisch Schweinoch, S. 1184 sub 3 a. Die Kommentare zu § 24 StVG sagen nur, daß die Vorschrift u.a. den § 4 StVG sanktioniert, machen aber zum Strafgrund keine Ausführungen, vgl. Floegel-Hartung, § 4 StVG RdNr. 32, § 24 StVG RdNr. 1; Müller, § 24 StVG A II a1, meint, Ziffer 2 betreffe das Materielle, die Fahrerlaubnis.

den Straßenverkehr gefährdet hat, prüft der Strafrichter bei einer Verurteilung aus § 24 I Nr. 2 StVG aber nicht nach. Er untersucht auf der objektiven Tatseite nur, ob ein rechtswirksamer und kein nichtiger Entziehungsakt der Behörde vorliegt³⁵⁾ und ob der Täter autogefahren ist, nicht auch, ob er gefährlich gefahren ist. Das aus kriminalpolitischer Sicht strafbegründende Element der Verkehrsgefährdung ist für den Richter durch die behördliche Entziehung der Fahrerlaubnis indiziert: Die Behörde darf die Fahrerlaubnis nach § 4 I StVG nur entziehen, wenn sich der Bürger als ungeeignet zum Führen eines Kraftfahrzeuges erweist. Ist die Erlaubnis entzogen, dann geht das Gesetz in § 24 I Nr. 2 StVG davon aus, daß künftiges Autofahren des Bürgers den Straßenverkehr gefährdet und enthebt den Richter der Prüfung der Gefährdung bei der abzuurteilenden Tat.

d) Stellt nicht der Richter sondern die Behörde durch die Entziehung der Fahrerlaubnis indizierend das Element der Verkehrsgefährdung fest, dann muß die Entziehung grundsätzlich rechtskräftig abgeschlossen sein, ehe ein Vergehen nach § 24 I Nr. 2 StVG begangen werden kann.

Der fahrtüchtige Staatsbürger besitzt grundgesetzlich die Freiheit zum Führen von Kraftfahrzeugen³⁶⁾. Sie ist in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG eingeschlossen³⁷⁾. Erteilt die Behörde nach § 2 StVG eine Fahrerlaubnis, so gewährt sie damit keine Ausnahme genehmigung für eine sonst materiellrechtlich verbotene Tätigkeit, sondern sie stellt dem Bürger eine formelle Erlaubnis, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung aus und beseitigt damit das formelle Verbot, ein Kraftfahrzeug ohne Fahrerlaubnis zu führen³⁸⁾. Entzieht sie die Fahrerlaubnis, dann indiziert dieser Akt³⁹⁾ die Strafbarkeit für eine Betätigung des Bürgers, die im Einzelfall noch in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit eingeschlossen sein kann, weil der Strafrichter nicht festzustellen braucht, daß der Täter "fahruntüchtig", d.h. gefährlich und damit außerhalb des Art. 2 I GG gefahren ist.

35) BayOVLG, JW 1928 S. 3190 Nr. 4; OLG Hamm, VRS 26 S. 345; OLG Köln, VRS 26 S. 199 (200 f); OLG Saarbrücken, VRS 21 S. 65; Floegel-Hartung, § 24 StVG RdNr. 4.

36) Bettermann, Gutachten, S. 104 sub 4.

37) Bettermann, a.a.O., sub III, 1 b.

38) Bettermann, Referat, S. 205.

39) der als materielles Fahrverbot zu verstehen ist..

Die Feststellung, daß keine Betätigung der grundgesetzlichen Freiheit sondern strafbares Tun vorliegt, kann dem Strafrichter erst gestattet sein, wenn der behördliche Entziehungsakt unanfechtbar ist, damit der Bürger Gelegenheit gehabt hat, gegen den indizierenden VA den Verwaltungsrichter anzurufen. Denn es geht nicht an, daß der Strafrichter den Bürger bereits mit Hilfe der indizierenden Wirkung der Entziehung der Fahrerlaubnis bestraft, solange der Bürger noch erfolgreich den entziehenden Akt vor dem Verwaltungsrichter mit der Begründung anfechten kann, daß er zum Führen eines Kraftfahrzeuges geeignet sei und den Straßenverkehr daher nicht gefährde. Grundsätzlich ist die Fahrerlaubnis also erst dann im Sinne des § 24 I Nr.2 StVG "entzogen", wenn der Entziehungsakt unanfechtbar ist.

e) Fraglich ist, ob § 4 I 2. Halbsatz StVG dieser Auslegung entgegensteht. Nach § 4 I 1. Halbsatz StVG muß die Verwaltungsbehörde die Fahrerlaubnis unter bestimmten Voraussetzungen entziehen. Der zweite Halbsatz des § 4 I StVG besagt, daß die Fahrerlaubnis mit der Entziehung erlischt. Dieser Wortlaut steht im Gegensatz zu § 42 m StGB, wonach die durch Richterspruch entzogene Fahrerlaubnis erst mit Rechtskraft erlischt. Deshalb liegt die Annahme nahe, daß der Gesetzgeber die behördliche Entziehung der Fahrerlaubnis auch für das Strafrecht schon mit Bekanntgabe der Verfügung eintreten lassen will. An dieser Willenserklärung des Gesetzgebers könnte die einschränkende Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG schwerlich vorbeigehen.

Doch § 4 I 2. Halbsatz StVG hat einen anderen Sinn, wie ein Blick auf seine Entstehungsgeschichte zeigt⁴⁰⁾. Vor Einfügung der Vorschrift nahm das pr.OVG⁴¹⁾ an, die Fahrerlaubnis könne auf bestimmte Zeit mit der Wirkung entzogen werden, daß sie nach Ablauf der Zeit ohne weiteres von selbst wieder auflebe. Durch § 4 I 2. Halbsatz StVG⁴²⁾ sollte klargestellt werden, daß die Erlaubnis mit der Entziehung in dem Sinne erlischt, daß zu ihrer Wiedererlangung ein neues Erteilungsverfahren erforderlich ist⁴³⁾. § 4 I 2. Halbsatz

40) Dazu eingehend Vesper, S. 418 f. 41) VAE 1938 S. 150.

42) Eingefügt durch Art. II Ziff. 1 des Gesetzes vom 7.11.1939 (RGBl. I S. 2223).

43) Müller, § 4 StVG Vorbem. V 2 (S.170), § 4 StVG D II (S. 187); Vesper, S. 419.

StVG besagt zum Wirkungsbeginn der behördlichen Verfügung also nichts und steht daher der Annahme nicht entgegen, daß die Fahrerlaubnis grundsätzlich erst dann im Sinne des § 24 I Nr. 2 StVG "entzogen" ist, wenn der Entziehungsakt unanfechtbar ist.

3a) Ausnahmsweise ist eine Entziehung der Fahrerlaubnis im Sinne des § 24 I Nr. 2 StVG auch schon vor Unanfechtbarkeit zu bejahen und zwar nach Bekanntgabe der Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß § 80 II Nr. 4. Wollte man ausnahmslos die Unanfechtbarkeit des Entziehungsaktes zur Voraussetzung für die Strafbarkeit nach § 24 I Nr. 2 StVG machen, dann bestünde für jeden Betroffenen eine unwiderstehliche Versuchung zu unbegründeter Anfechtung mit dem einzigen Zweck, die Strafdrohung des § 24 I Nr. 2 StVG vorläufig auszuschalten. Ferner wäre die Behörde nicht in der Lage, in eindeutigen Fällen den Betroffenen mit Hilfe einer empfindlichen Strafdrohung sofort aus dem Straßenverkehr zu entfernen, was bei den Gefahren des heutigen Massenverkehrs unverantwortlich wäre.

b) Denkbar ist der Einwand, die Behörde brauche zur sofortigen Ausschaltung des Betroffenen aus dem Straßenverkehr nur die sofortige Vollziehung der Fahrerlaubnisentziehung gemäß § 80 II Nr. 4 anzuordnen und den Führerschein wegzunehmen, weil sich der Betroffene dann wegen Fahrens ohne Führerschein nach § 24 I Nr. 1 StVG strafbar mache, wenn er weiterhin autofahre. Doch dieser Einwand geht fehl. Einmal muß die Behörde zur Wegnahme des Führerscheines ihren Vollzugsapparat in Bewegung setzen, ohne daß die Gewähr dafür gegeben ist, daß der Führerschein auch wirklich aufgefunden wird. Zur Begründung der Strafbarkeit nach § 24 I Nr. 2 StVG dagegen genügt die Bekanntgabe der Anordnung der sofortigen Vollziehung. Zum anderen macht sich der Täter, der nach beschlagnahme des Führerscheines autofährt, nach gefestigter Ansicht keines Vergehens nach § 24 I Nr. 1 StVG, sondern nur einer Übertretung nach den §§ 71, 4 II 2 StVZO schuldig⁴⁴⁾.

c) Die Ausnahme, daß die Fahrerlaubnis nach Anordnung der sofortigen Vollziehung "entzogen" ist, kann dem Betroffenen zugemutet wer-

44) BGH - AS 6 S. 364 ff; OLG Hamm, NJW 1957 S. 1247; Floegel-Hartung, § 24 StVG RdNr. 3; Lütke (1. Band) Kennziffer 1 Bl. 46 sub 3; Kennziffer 11 Bl. 7, sub 1 b.

den. Er erfährt durch die Anordnung, daß die Behörde trotz des Rechtsbehelfs schon vor Rechtskraft ihren Willen durchsetzen will. Ergeht keine Anordnung, dann kann sich der Betroffene auf Straffreiheit verlassen und fährt nicht auf sein Risiko, wie es unbilligerweise der Fall wäre, wenn man keine behördliche Anordnung verlangte und allein auf die Gefährlichkeit des Fahrens abstellte. Ferner ist die Gefahr, daß ein später erfolgreicher Anfechtungskläger für sein Fahren nach Anordnung der sofortigen Vollziehung bestraft wird, recht gering. Denn die Behörde ist gehalten, im Rahmen der Interessenabwägung des § 80 II Nr. 4 den Fall und die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs zu prüfen und darf die sofortige Vollziehung nicht anordnen, wenn ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen VAs bestehen⁴⁵⁾.

Ergeht ein stattgebender Beschluß nach § 80 V 1, dann ist die Fahrerlaubnis bis zum rechtskräftigen Abschluß des Prozesses nicht "entzogen"⁴⁶⁾. Diese Annahme ist mit Rücksicht auf die Autorität der gerichtlichen Entscheidung und das Vertrauen des Betroffenen in die Rechtsschutzgewährung durch den Richter geboten. Außerdem muß sich der Betroffene im vorläufigen Verfahren gegen die indizierende Wirkung der behördlichen Verfügung wehren können. Der Kläger muß sich also nach Anordnung der sofortigen Vollziehung des Autofahrens enthalten oder das Risiko strafgerichtlicher Verurteilung nach § 24 I Nr. 2 StVG auf sich nehmen, bis er einen stattgebenden Gerichtsbeschluß gemäß § 80 V 1 in Händen hat. Das ist dem Kläger im Interesse der Verkehrssicherheit zuzumuten, weil er einen Beschluß nach § 80 V als Eilmaßnahme schnell erreichen kann.

d) Als Ergebnis ist also festzuhalten: Die Fahrerlaubnis ist im Sinne des § 24 I Nr. 2 StVG "entzogen", wenn der Entziehungsakt formell rechtskräftig ist oder wenn die Anordnung seiner sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 dem Betroffenen bekanntgegeben ist und das Verwaltungsgericht keinen stattgebenden Beschluß nach

45) arg. § 80 IV 3.

46) Insoweit ist die oben S.109 dargestellte Meinung zu ergänzen.

§ 80 V 1 erlassen hat^{47/48)}. Damit sind die mißlichen Ergebnisse der VL vermieden.

III.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß weder WL noch VL bei verwaltungsrechtlicher Auslegung des § 24 I Nr. 2 StVG zu einer praktikablen Lösung führen. Die aufschiebende Wirkung der WL suspendiert zwar zunächst die Strafbarkeit, verhindert aber nicht die Bestrafung nach erfolgloser Anfechtung. Die aufschiebende Wirkung der VL suspendiert nicht die Strafbarkeit, verhindert aber wenigstens die Bestrafung nach erfolgreicher Anfechtung.

Deshalb ist § 24 I Nr. 2 StVG einschränkend auszulegen. Die mißlichen Ergebnisse der WL lassen sich vermeiden, wenn man die Rückwirkung des klagabweisenden Anfechtungsurteils nicht für die Auslegung der Strafnorm übernimmt. Der mangelhafte Rechtsschutz der VL ist beseitigt, wenn die Fahrerlaubnis grundsätzlich erst nach formeller Rechtskraft der behördlichen Verfügung und ausnahmsweise im Zeitraum zwischen Bekanntgabe der Anordnung nach § 80 II Nr. 4 und dem stattgebenden Beschluß nach § 80 V 1 "entzogen" ist. Für diese Auslegung sprechen gewichtige Gründe. Über den vorläufigen Rechtsschutz gegenüber der Strafbarkeit nach § 24 I Nr. 2 StVG entscheidet also nicht der Inhalt der aufschiebenden Wirkung nach WL oder VL, sondern die einschränkende Auslegung der Strafnorm.

47) Es entscheidet allein die Rechtslage zur Zeit des Autofahrens; vgl. oben S. 108.

48) Entsprechend sind die §§ 3 Nr. 2 AUB, 2 Ziff. 2 c AKB auszulegen; vgl. oben S. 106 Anm. 14.

9. K a p i t e l

Der Suspensiveffekt als Vollzugshemmung

I.

Die Untersuchung hat ergeben, daß Wortlaut und Systematik des § 80 in die Richtung der VL weisen¹⁾ und daß die VL in den Materialien zu § 80 ein gewisses Übergewicht besitzt²⁾. Die Prüfung der Argumente, die gegen VL und WL vorgebracht worden sind, hat gezeigt, daß die WL den größeren Bedenken begegnet³⁾. Schließlich ist bei den Auswirkungen von VL und WL in der Praxis deutlich geworden, daß beide Lehren gewisse Ungereimtheiten aufweisen⁴⁾ und gelegentlich zu recht gewagten Auslegungen zwingen⁵⁾.

Unüberbrückbare Schwierigkeiten hat es an zwei Stellen und zwar bei der WL gegeben: bei der Wirksamkeitshemmung der dispensierenden Bauerlaubnis ist der Bauherr vorläufig rechtsschutzlos⁶⁾ und hat in aller Regel keinen Ersatzanspruch⁷⁾. Die unüberwindlich scheinenden Schwierigkeiten der VL treten dagegen nicht auf, wenn man den Vorfragen die erforderliche Sorgfalt schenkt. Dann zeigt sich nämlich, daß die aufschiebende Wirkung bei Anfechtung einer dispensierenden Bauerlaubnis nicht eintritt⁸⁾ und daß bei Anfechtung der Entziehung der Fahrerlaubnis mit der einschränkenden Auslegung der Strafnorm begonnen werden muß⁹⁾.

Wird man deshalb geneigt sein, der VL gegenüber der WL den Vorzug zu geben, so sind noch zwei Gesichtspunkte aufzuzeigen, die entscheidend für die VL sprechen: Die WL ist im Hinblick auf die rechtsgestaltenden VAe entwickelt worden, weil man meinte, bei diesen könne der SE nur in der Hemmung der Wirksamkeit bestehen¹⁰⁾. Diese These ist durch die Praxis nicht bestätigt worden. Sie findet auch in der ZPO keine Stütze. Denn die ZPO begnügt sich mit der weiten

1) S. 29 f.

2) S. 39.

3) S. 51.

4) S. 76, 84.

5) S. 69 f.

6) S. 91 ff.

7) S. 99 ff.

8) S. 81.

9) S. 19 ff.

10) S. 18 ff.

Auslegung des Vollstreckungsbegriffs und löst damit das zwischen WL und VL streitige Problem im Sinne der VL¹¹⁾. Ohne Not sollte man aber im Verwaltungsprozeß keine abweichenden Thesen vertreten. Ferner fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis für das Plus an Suspension, das die WL gegenüber der VL auslöst, nämlich für die Suspension der Rechtsgestaltung bei den rechtsgestaltenden VAen¹²⁾ und der Verpflichtung bei den befehlenden und verbietenden VAen¹³⁾. Denn der betroffene Bürger ist ausreichend geschützt, wenn die Behörde ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 ihren VA im weiten Sinne der VL nicht vollziehen darf.

II.

Hat also der SE die Hemmung der Vollziehbarkeit des VAS zum Inhalt, so ist noch der Begriff der Vollziehung zu erörtern. Auszugehen ist von der Definition Kammers¹⁴⁾, die das OVG Münster übernommen hat¹⁵⁾. Danach ist Vollziehung die Herbeiführung des dem Inhalt des VAS entsprechenden Zustandes im weitesten Sinne¹⁶⁾. Freilich bedarf diese Definition einiger Korrekturen.

Dem Begriff der Vollziehung unterfallen nur Maßnahmen von Behörden, nicht auch gerichtliche Akte¹⁷⁾, oder Handlungen von Bürgern¹⁸⁾. Ferner muß es sich um Behördenakte handeln, die im Über- und Unterordnungsverhältnis ergehen. Schließlich müssen es Maßnahmen sein, die den Adressaten belasten und die die Behörde gegen seinen Willen vornimmt¹⁹⁾. Diese Gesichtspunkte wird man dadurch verdeutlichen können, daß man die Definition mit den Worten einleitet: "Vollziehung sind die behördlichen Zwangsmaßnahmen." Dabei muß man sich von dem Gedanken lösen, daß Zwang nur unmittelbarer Zwang im Sinne der Eingriffsverwaltung bedeutet und sich vor Augen halten, daß die Behörde immer dann Zwang ausübt, wenn sie Rechtshandlungen gegen den Willen des Adressaten vornimmt, die diesen belasten²⁰⁾. Das Merkmal "im weitesten Sinn" in der Definition von Kammer läßt sich

11) S. 60.

12) S. 62.

13) S. 40 f.

14) DVBl. 1953 S. 612 sub 1

15) AS 8 S. 65 (67).

16) Kammer, a.a.O.

17) Oben S. 106.

18) Oben S. 81.

19) Oben S. 74.

20) Bettermann, Vollstreckung S. 30 sub 3.

knapper und treffender dadurch wiedergeben, daß man formuliert:
"Vollziehung ist "jede" behördliche Zwangsmaßnahme."

Hinsichtlich der inhaltlichen Verknüpfung zwischen dem VA und seinen Vollziehungsakten ist die Definition von Kammer geglückt. Nur wird man sie besser verbal fassen. Außerdem ist die Aussage, daß die Vollziehung dem Inhalt des VAs entsprechen muß, selbstverständlich und darum entbehrlich. Deshalb ist Vollziehung jede behördliche Zwangsmaßnahme, die den Zustand herbeiführt, der dem VA entspricht. Unter diese Definition fallen die auf Befehlsverwirklichung gerichteten Zwangsmaßnahmen der Behörde bei Durchführung befehlender oder verbotender VAs, die zwangsweisen Folgerungen der Behörde aus einer Rechtsgestaltung und die Zwangsakte, mit denen die Behörde die Nebenwirkung eines VAs durchsetzt²¹⁾.

III.

Die Arbeit führt damit zu folgendem Ergebnis: der Suspensiveffekt des § 80 I 1 hemmt nur die Vollziehbarkeit, nicht die gesamte Wirksamkeit des angefochtenen VAs. Dabei ist Vollziehung jede behördliche Zwangsmaßnahme, die den Zustand herbeiführt, der dem VA entspricht.

21) Oben S. 50.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- A l t m e y e r, Josef - L a h m, Kurt : Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Siegburg 1958.
- A m b r o s i u s, L. - F i s c h e r, H. : Bundesangestelltentarifvertrag, Kommentar, Düsseldorf 1962.
- A n d r e s e n, Helmut : Die Aussetzung der Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte, Diss. Göttingen 1953.
- B a c h o f, Otto : Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951.
- B a u m b a c h, Adolf - L a u t e r b a c h, Wolfgang : Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 27. Auflage, München und Berlin 1963.
- B e r n h a r d t, Rudolf : Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963 S. 302 - 308.
- B e t t e r m a n n, Karl August : Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948, zitiert Bettermann, Vollstreckung.
- Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361 - 389, zitiert Bettermann Gedächtnisschrift.
 - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.5.1955, MDR 1955 S. 734 - 735.
 - Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage, NJW 1958, S. 81 - 86.
 - Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: "Die Grundrechte", Dritter Band, 2. Halbband, Berlin 1959, S. 779 - 908, zitiert Bettermann Grundrechte.
 - Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung, JZ 1960, S. 335 - 342.
 - Anmerkung zum Beschluß des OVG Münster vom 17.12.1959, JZ 1960, S. 545.
 - Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Vereinfachung der Ahndung folgenloser Gefährdungsdelikte, in: Folgenlose Verkehrsgefährdung als Massenerscheinung, Boppard am Rhein 1961, S. 199 - 214, zitiert Bettermann Referat.
 - Rechtsgutachten zu den "Richtlinien für die Behandlung von Mehrfachtätern", DAR 1962, S. 100 - 112, zitiert Bettermann Gutachten.
- B l o m e y e r, Arwed : Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963.
- B i t t e r, Georg : Baulinienplan und Suspensiveffekt, BayVbl. 1959, S. 370 - 373.
- B o c h a l l i, Alfred : Bundesbeamtengesetz, 2. Auflage, München und Berlin 1958.
- B ö h m, Otto : Die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel und die Anordnung der Vollziehung von Verwaltungsakten nach § 51 I MRVO Nr. 165 und § 51 I VGG, DÖD 1957, S. 21 - 23.

- B ö h m, Walter - S p i e r t z, Hans : Bundesangestelltentarif, Kommentar, Hamburg, Berlin, Bonn 1961.
- D e C l e r c k, Hans : Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsgerichtsverfahren, NJW 1956, S. 1337 - 1340.
- Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, NJW 1961, S. 2233 - 2237.
- Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÜV 1964, S. 152 - 154.
- C o n r a d, Ernst : Taschenkommentar des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Berlin 1928.
- D i s t e l, Josef - S e l g e, Bodo : Bundesbeamtengesetz, Köln-Deutz 1954.
- D ö r f f l e r, Wolfgang : Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, S. 14 - 19.
- D r e w s, Bill - W a c k e, Gerhard : Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin, Köln, München, Bonn 1961.
- E b e r l e, Raimund : Zur Problematik der vorzeitigen Zulassung des Baubeginns, BayVbl. 1957, S. 60 - 61.
- E g e r, Georg : Das Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Stuttgart und Leipzig 1911.
- E i c h h o r n, Egbert : Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Diss. Würzburg 1961.
- E y e r m a n n, Erich - F r ö h l e r, Ludwig : Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, München und Berlin 1962.
- F i s c h b a c h, Oskar Georg : Bundesbeamtengesetz, 2. Auflage, Köln-Berlin 1956.
- F l o e g e l, Johannes : Straßenverkehrsrecht, 3. Auflage, München und Berlin 1935.
- F l o e g e l, Johannes - H a r t u n g, Fritz : Straßenverkehrsrecht, 14. Auflage, München und Berlin 1963.
- F ö r s t e r, A. - K a n n, Richard : Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Band, 3. Auflage, Berlin 1926.
- F o r s t h o f f, Ernst : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, allgemeiner Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1961.
- F r e u d e n t h a l, Hugo - S a u e r l ä n d e r, Johann David : Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz und den dazugehörigen Nebengesetzen, 4. Auflage, München 1926.
- F r o m m, Günter : Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung?, BB 1962, S. 985 - 986.
- Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, DVbl. 1962, S. 801 - 804.
- Anmerkung zum beschluß des OVG Lüneburg vom 12.12.1962, DVbl. 1963, S. 564 - 565.
- F u r t n e r, G. : Die vorläufige Vollstreckbarkeit, München und Berlin 1953.
- G e l z e r : Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht, NJW 1958, S. 325 - 327.

- G e l z e r : Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 1959, S. 1905 - 1907.
- G o t t s c h a l k, Rudolf : Vorläufige Vollstreckbarkeit, ZZP 53, S. 147 - 156.
- G o t t s c h i c k, Hermann : Das Sozialhilfegesetz, Köln, Berlin, Bonn, München 1962.
- G r a u : Die gesetzlichen Bestimmungen des Kraftfahrtwesens, Berlin 1926.
- G r o e b e, Klaus : Vollzugsunfähige Verwaltungsakte?, DÖV 1957, S. 233 - 236.
- G r o ß, Werner : Anfragen aus dem Leserkreis, DVbl. 1953, S. 190 - 192.
- G u e l d e, Hermann : Die Entziehung der Fahrerlaubnis, Berlin 1955.
- im: Kraftverkehrsrecht von A - Z, Handlexikon in Loseblattform, Berlin 1961, zitiert Guelde Kraftverkehrsrecht.
- H a h n, C. : Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 1. und 2. Abteilung, Berlin 1880.
- H a r t m a n n, Hans - J a n s s e n, Fritz : Bayerisches Beamten-gesetz, München 1960.
- H a u e i s e n, Fritz : Der vorläufige Rechtsschutz im Verwal-tungsprozeß, NJW 1953, S. 1165 - 1168.
- Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überlegungen, DÖV 1961, S. 121 - 129.
- Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, S. 2037 - 2041.
- H e f e l e, Ludwig - S c h m i d t, Johann : Bayerisches Beamten-gesetz, Kommentar, Darmstadt 1961.
- H e i n t z e, Reinhard : Der vorläufige Rechtsschutz Dritter ge-genüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 1963, S. 1430 - 1436.
- H e l m l i n g, Wolfgang : Aussetzung der Vollziehung von rechts-gestaltenden sowie von bereits vollzogenen Verwaltungsakten und einstweilige Anordnung im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. Heidelberg 1959.
- H e r t e l, Gottfried : Zur Frage der Zulassung des vorzeitigen Baubeginns, BayVbl. 1956, S. 44 - 46.
- H u b e r n a g e l, G. : Die gegensätzliche Ausgestaltung der Vollstreckungsarten, ZZP 63, S. 87 - 118.
- H u e c k, Alfred - N i p p e r d e y, Hans Carl : Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Auflage, Berlin und Frank-furt a.M. 1963.
- I s a a c, Martin : Kommentar zum Automobilgesetz, Berlin 1912.
- J a n i c k i, Hubertus : Die Erteilung privatrechtsgestaltender behördlicher Genehmigungen nach unanfechtbarer Versagung, NJW 1963, S. 838 - 842.
- J u l i e r, Maximilian : Straßenverkehrsrecht, 5. Auflage, Mün-chen 1957.

- J u n g, Hans : Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, NJW 1961, S. 159 - 160.
- K ä l k e r, Georg : Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes nach § 51 MRVO 165, MDR 1952, S. 534 - 535.
- K a m m e r : Ist Aussetzung der Vollziehung des Widerrufs eines Beamtenverhältnisses zulässig? DVbl. 1950, S. 589.
- Anmerkung zum beschluß des Hess.VGH vom 11.8.1951, DVbl. 1951 S. 699 - 700.
 - Zur Rückwirkung des Aufhebungsurteils, DVbl. 1952, S. 689 - 690.
 - Anmerkung zum beschluß des OLG Braunschweig vom 9.6.1953, DVbl. 1953, S. 612.
- K a r s t e n, Otto : Vollziehung und Aussetzung der Vollziehung rechtsgestaltender Verwaltungsakte, Diss. Heidelberg 1953.
- K a y s e r, Walter : Anmerkung zum beschluß des OLG Braunschweig vom 9.6.1953, NJW 1953, S. 1921.
- Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten, DÖV 1954, S. 434 - 437.
- K e l l n e r, Hugo : Gerichtlicher Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963, S. 418 - 429.
- K e r s t e n, J. : Die Baugenehmigung als sachbezogener Verwaltungsakt, BayVbl. 1961, S. 233 - 237.
- K i r c h n e r, Rudolf : Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Berlin 1915.
- K l i n g e r, Hans : Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage, Göttingen 1964.
- K o e h l e r, Alexander : Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin und Frankfurt a.M. 1960.
- v. K ö h l e r, Karl-Heinz : Einstweilige Anordnung und Suspensiv-effekt im Kartellverfahren, NJW 1961 S. 153 - 157.
- K ö r n e r, Gerhard : Die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns, BayVbl. 1959, S. 47 - 49.
- K o h l h a m m e r, W. : Kommentar zum Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960, Stuttgart 1961.
- K r a t z e r, Jakob : Der Widerspruch, BayVbl. 1960, S. 164 - 174.
- K r e s s e l, Hans : Die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln, BayVbl. 1958, S. 12 - 16.
- K r e t s c h m e r, W. : Zur Fortzahlung von Dienstbezügen bei Anfechtung des Widerrufs eines Beamtenverhältnisses, ZbR 1960, S. 108 - 109.
- K r u g, Karl - R i n d e r m a n n, Hans : Das neue Straßenverkehrsrecht, Stuttgart und Berlin 1938.
- L a m b e r g, Gisbert : Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW 1963, S. 2154 - 2156.
- Eine Erwiderung, NJW 1964, S. 711 - 712.
- L e c h n e r, Ludwig : Die Kraftfahrzeuggesetzgebung, München 1927.

- L e u s s e r, Claus - G e r n e r, Erich : bayerisches Beamtengesetz, München 1961.
- L ö w e r, Kurt : Die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO), DÖV 1963 S. 173 - 176.
- Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung?, DVBl. 1963, S. 343 - 349.
- L o p p u c h : Die Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten unter Berücksichtigung von wohnungsbehördlichen Verfügungen, NJW 1951, S. 587 - 588.
- L ü t k e s : Straßenverkehr, Frankfurt a.M. 1960.
- M a n g, Johann : Anmerkung zu Bitter: "Baulinienplan und Suspensiv-effekt", BayVBl. 1959, S. 373.
- M a n g e l s, Gerd : Die Aufhebung des rechtswidrigen Vollzuges angefochtener Verwaltungsakte, NJW 1961, S. 351 - 355.
- M a u n z, Theodor - D ü r i g, Günter : Grundgesetz, Band II, München und Berlin 1959 ff.
- M a u r a c h, Reinhard : Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1958.
- M a y e r, Otto : Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1. Band, München und Leipzig 1924.
- M e n g e r, Christian-Friedrich : System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, zitiert Menger System.
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 1958, S. 272 - 283; 1963, S. 393 - 404; 1964, S. 174 - 186.
- M e y e r, Klaus : Nochmals: Der Widerspruch des Nachbarn im Bau-recht, NJW 1964, S. 710 - 711.
- M i t t e l b a c h : Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 16.11. 1951, MDR 1952, S. 440 - 441.
- M o h n e n, Heinz : Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, RdA 1957, S. 361 - 368.
- M ü l l e r, Fritz : Automobilgesetz, Berlin 1926, zitiert Müller, 1. Auflage.
- Straßenverkehrsrecht, 21. Auflage, Berlin 1959.
- M u g d a n, B. : Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizge-setzen, 8. band, Berlin 1898.
- N e u k i r c h, C. - R o s e n m e y e r, A. : Kommentar zum Ge-setz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, Halle 1910.
- N ü s s l e, Otto - M e r k e l, Hans : Kraftfahrzeuggesetze, 8. Auflage, Berlin 1955.
- O b e r l ä n d e r, Ernst - B e z o l d, Andreas: Das Automobil-recht, München 1925.
- O b e r m a y e r, Klaus : in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer "Staats-und Verwaltungsrecht in Bayern", München 1962.
- v. O e r t z e n, Hans-Joachim : Anmerkung zum beschluß des VGH Mannheim vom 18.4.1961, NJW 1962, S. 1172.
- P i e t z o n k a : Der baurechtliche Dispens, NJW 1957, S. 1582 - 1585.

- P l o g, Ernst - W i e d o w, Alexander : Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Bonn, 1958.
- Q u a r i t s c h, Helmut : Der Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß, insbesondere des Verfahrens zur Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten, Diss. Hamburg 1957, zitiert Quaritsch VerwArch.
- Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch 1960, S. 210 - 243, S. 342 - 372, zitiert Quaritsch VerwArch.
- R a m b e c k, Hans : Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, NJW 1961, S. 1333 - 1337.
- R a s c h, Ernst : Die Aussetzung der Vollziehung durch die Verwaltungsgerichte, DÖV 1952, S. 398.
- R a s c h, Ernst - P a t z i g, W. : Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren, M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band I, Erster Halbband, Köln, Berlin, Bonn, München 1962.
- R e d e k e r, Konrad : Nachbarklage - öffentlichrechtlich oder zivilrechtlich? NJW 1959, S. 749 - 752.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.11.1961, DVBl. 1962, S. 220 - 221.
- Anmerkung zum Beschluß des OVG Münster vom 24.4.1964, DVBl. 1964, S. 836 - 837.
- R e d e k e r, Konrad - v. O e r t z e n, Hans-Joachim : Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Münster 1960.
- R e i n i c k e, G. u. D. : Anmerkung zum Beschluß des OVG Lüneburg vom 15.11.1950, DVBl. 1951, S. 352 - 354.
- R e u s c h e r, Fedor : Zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl. 1953, S. 428 - 431.
- R i e g e r, Walter : Aussetzung der Vollziehung eines bereits vollzogenen Verwaltungsaktes, NJW 1956, S. 370 - 372.
- R i e t d o r f, Fritz : Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1964, S. 293 - 302, S. 333 - 337.
- R ö h l, Ernst-Adolf : Suspensiveffekt von Rechtsmitteln im Verwaltungsrechtsstreit, Diss. Hamburg 1956.
- R o s e n b e r g, Leo : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961.
- R u c k d ä s c h e l, Oskar : Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, S. 675 - 686.
- S c h ä f e r, Walter : Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigten Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung? DVBl. 1962, S. 844 - 850.
- S c h a t t e n f r o h, M. : Vorläufige Bauerlaubnis und Verwaltungsgerichtsgesetz, BayVbl. 1959, S. 142 - 145.
- S c h e u r i n g, Ottheinz - S t e i n g e n, Werner : Mantel-Tarifvertrag für Arbeiter der Länder, Kommentar, 2. Auflage, München 1960.
- S c h m i d t, Walter - E h r e n t h a l, Günter : Niedersächsisches Beamtengesetz, Kommentar, Köln-Hannover 1960.

- Schmitt - Lermann, Hans : Bayerisches Verwaltungszustellungsgesetz, Handkommentar, München 1961.
- Schölz, Georg : "Vollziehung" eines "vollzugsunfähigen" Verwaltungsaktes trotz eingetretener aufschiebender Wirkung und Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO, SchlHolstanz. Teil A 1963, S. 156 - 163.
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst : Strafgesetzbuch, 11. Auflage, München und Berlin 1963.
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst - Niese, Werner : Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Karlsruhe 1956.
- Schoor, V. - v. Unruh, F.O. - Galle, G. : Straßenverkehrsrecht, Berlin 1938.
- Schröcker, Sebastian : Der öffentlichrechtliche Kündigungsschutz, Berlin 1960.
- Schrödtter, Hans : Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung, Düsseldorf 1961.
- Schunck, Egon - De Clerck, Hans: Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1953, Kommentar, Siegburg 1953, zitiert Schunck-De Clerck BVerwGG.
- Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz vom 14. April 1950, Kommentar, Siegburg und St. Goar 1952, zitiert Schunck-De Clerck VGG.
 - Verwaltungsgerichtsordnung, Siegburg 1961.
- Schweinrich, Joachim : Richtlinien für die Behandlung von Mehrfachtätern, NJW 1962, S. 1181 - 1187.
- Sellmann, Martin : Entwicklung und Problematik der öffentlichrechtlichen Nachbarklage im Baurecht, DVbl. 1963, S.273-286.
- Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 1964, S. 1545 - 1550.
- v. Seuffert, Lothar - Walsmann, Hans: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Band, 12. Auflage, München 1933.
- Skonietzki, Richard - Gelpcke, Max : Zivilprozeßordnung, 2. Band, Berlin 1912.
- Siegmund - Schultze, Gerhard : Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVbl. 1963, S. 745 - 755.
- Spick, Hans : Der vorläufige Rechtsschutz bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten. Ein Beitrag zur Auslegung des § 80 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, Diss. Köln 1961.
- Stein, Friedrich - Jonas, Martin : Kommentar zur Zivilprozeßordnung, II. Band, 18. Auflage, Tübingen 1956.
- Struckmann, J. - Koch, K. : Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1910.
- Sydow, R. - Busch, L. : Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Auflage, Berlin 1941.

- T s c h i r a, Oskar - S c h m i t t, Walter : Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 VwGO, bayVbl. 1962, S. 1 - 4.
- v. T u r e g g, Kurt Egon - K r a u s, Erwin : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Berlin 1962.
- U l e, Carl Hermann : Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Handkommentar, Berlin, Köln 1952, zitiert Ule BVerwGG.
- Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVbl. 1959, S. 537 - 545.
 - Verwaltungsgerichtsbarkeit, M. v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band I, Zweiter Halbband, 2. Auflage, Köln, Berlin 1962.
 - Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auflage, München und Berlin 1963, zitiert Ule Prozeßrecht.
- U t t l i n g e r, Sigmund : Bundesangestelltentarifvertrag vom 23. Februar 1961, München 1961.
- V e s p e r : Das Ende der zeitlich begrenzten Entziehung der Kraftfahrerlaubnis, VAE 1939, S. 418 - 422.
- V o g e l, Klaus : Der Verwaltungsrechtsfall, Berlin und Frankfurt, 4. Auflage, 1960.
- W e i s m a n n, Jakob : Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I. Band, Stuttgart 1903.
- W i e c z o r e k, Bernhard : Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band III, Berlin 1957; Band IV Teil 1, Berlin 1958, zitiert Wieczorek IV.
- W i n k l e r : Die fehlerhafte Überleitungsanzeige nach § 21 a RFV und der Erstattungsanspruch, DVbl. 1958, S. 565 - 566.
- W o l f f, Hans Julius : Verwaltungsrecht I, 5. Auflage, München und Berlin 1963, zitiert Wolff I.
- Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), München und Berlin 1962, zitiert Wolff II.
- Z s c h a c k e : Suspensiveffekt des Rechtsmittels gegen einen Verwaltungsakt zum Nachteil des Rechtsmittelführers? NJW 1954, S. 1436 - 1437.

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.E.	am Ende
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
AS	Amtliche Entscheidungssammlung des zitierten Gerichts
AO	Anordnung
AUB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für Unfallversicherung
EVwVerfG	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, mit amtlicher Begründung, Köln und Berlin 1964.
RdNr.	Randnummer
RegEntw	Regierungsentwurf
SE	Suspensiveffekt
StA	Staatsanwaltschaft
VA	Verwaltungsakt
VL	Vollziehbarkeitslehre; vgl. S.19
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WL	Wirksamkeitslehre; vgl. S.20

Paragraphen ohne Zitat sind solche der VwGO. Die Zitierweise der Zeitschriften entspricht der üblichen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 1.12.1964 berücksichtigt.

L E B E N S L A U F

Am 15.8.1936 wurde ich als Sohn des Diplomvolkswirts Dr. Joachim Daumann und seiner Ehefrau Ursula, geborene Graf, in Berlin geboren. 1937 starb mein Vater an späten Folgen des ersten Weltkrieges.

Von 1942 bis 1947 besuchte ich die Volksschule in Berlin-Frohnau, Klodebach in Oberschlesien und Penzberg/Oberbayern. Im Herbst 1947 wurde ich in das Canisius - Kolleg Gymnasium in Berlin aufgenommen, wo ich im Februar 1956 die Reifeprüfung bestand.

Von 1956 bis 1960 studierte ich an der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin. Während des Sommersemesters 1957 war ich in der juristischen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau eingeschrieben. Am 26.10.1960 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin.

Am 13.2.1961 wurde ich zum Gerichtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts ernannt. Nach Absolvierung der Amtsgerichtsstation in Berlin - Wedding war ich der Staatsanwaltschaft beim Amtsgericht Berlin - Moabit zugewiesen. Während der Landgerichtsstation war ich Gastreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main. Mit Wirkung vom 21.11.1962 versetzte mich der Kammergerichtspräsident nach Hessen. Seitdem stehe ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main im Vorbereitungsdienst. Nach Beendigung der Anwaltsstation am 11.5.1964 erhielt ich einen dreimonatigen Promotionsurlaub. Zur Zeit bin ich in der Station großes Amtsgericht in Frankfurt am Main.

